JOHANNES WESSELS

BAUDŽIAMOJI TEISĖ

BENDROJI DALIS

BAUDŽIAMOJI VEIKA IR JOS STRUKTŪRA



EUGRIMAS

JOHANNES WESSELS

BAUDŽIAMOJI TEISĖ

Bendroji dalis

BAUDŽIAMOJI VEIKA IR JOS STRUKTŪRA

JOHANNES WESSELS

BAUDŽIAMOJI TEISĖ

Bendroji dalis

BAUDŽIAMOJI VEIKA IR JOS STRUKTŪRA

Iš vokiečių kalbos vertė

Armanas Abramavičius

Gintaras Goda

VILNIUS
EUGRIMAS
2003

UDK 343
Ve203

Versta iš:
Johannes Wessels, *Strafrecht Allgemeiner Teil:*
die Straftat und ihr Aufbau
C. F. Müller Verlag Heidelberg, 1995

Knygos leidimą iš dalies finansavo
ATVIROS LIETUVOS
FONDAS

ISBN 9955-501-43-X

PRATARMĖ

Ruošdamas naują šios knygos leidimą pertvarkiau jos struktūrą – ją papildžiau ir patobulinau. Atsižvelgiau į teisinę praktiką ir literatūrą, buvusią iki 1995 m. balandžio mėnesio. Ypač atkreipiau dėmesį į Vokietijos Federalinio teismo Didžiojo baudžiamųjų bylų senato 1994-05-03 sprendimą dėl tęstinių poelgių (BGHSt 40,138) ir į šio senato 1994-11-22 sprendimą dėl Baudžiamojo kodekso §239b I dalies taikymo pagrobimo turint tikslą išžaginti atveju (NStZ 95,129) kaip ir į naujausius šio teismo sprendimus apie VDR vyriausybinį nusikalstamumą bei apie kitas vadinamąsias VDR senąsias baudžiamąsias veikas. Taip pat atsižvelgiau į 1994-10-28 įstatymu dėl kovos su nusikalstamumu (BGBl I 3186) padarytus kitų įstatymų pakeitimus.

Cituodamas Leipcigo komentarą rėmiausi 11-uoju leidimu (nuo 1992 m.), įskaitant ir papildymą Nr.1-19.

Savo sūnui advokatui dr. Hansui Ulrichui Wessels dėkoju už efektyvų bendradarbiavimą. Taip pat esu dėkingas visiems, kurie savo pastabomis ir atsiųstomis publikacijomis padėjo parengti naująjį leidimą.

Miunsteris, 1995 metų gegužė *Johannes Wessels*

PRATARMĖ PIRMAJAM LEIDIMUI

„Pagrindų“ tikslai ir ypatybės yra nusakyti I tomo pratarmėje.

Šiame darbe apsiribojama svarbiausių baudžiamosios teisės „Bendrosios dalies“ teorinių problemų tyrimu ir sąmoningai atsisakoma išnagrinėti visą „Bendrosios dalies“ medžiagą. Ypač nesistengta aptarti baudžiamosios veikos padarymo teisinių padarinių (bausmių, bausmių vykdymo atidėjimo, nuobaudų). Teisinių kazusų pagrindu, kurie yra parinkti remiantis pedagoginiu požiūriu, žingsnis po žingsnio pateikiama baudžiamosios teisės sistema. Tai bus daroma atsižvelgiant į mokslo naujoves. Toks dėstymo būdas pradedantiems studijas turi palengvinti „Bendrosios dalies“ problemų, dėl kurių įnirtingai ginčijamasi, suvokimą, o vyresniems studentams bei referentams siūloma galimybė greitai apžvelgti esminius teorinius klausimus ir pakartoti svarbiausius dalykus, reikalingus egzaminui. Nuorodos į teisinę praktiką bei literatūrą suteikia galimybių giliau studijuoti ir sudėtingesnius vadovėlius.

Poelgio sąvokai baudžiamojoje teisėje, tyčiniams ir neatsargiems deliktams, baudžiamosioms veikoms, padarytoms neveikimu, ir konkurencijos problemoms aptarti paskirti atskiri skirsniai. Darbe vadovaujamasi išplėtota „teorija apie socialinį poelgį“ bei „ribotos kaltės teorija“, vadinasi, užimama tarpinė pozicija tarp „ekstremaliai finalinės“ krypties ir beišnykstančios senosios „klasikinės sistemos“. Nurodymai apie „kazusų sprendimo metodus“ pateikiami kaip orientacinė pagalba pratyboms bei egzaminų darbams.

Nuoširdžiai dėkoju savo asistentams: ponams Karlui-Otto Bergmannui, Detlefui Doeringui ir Paului Ernstui Köhlingui už jų energingą bendradarbiavimą.

Miunsteris, 1970 metų sausis *Wessels*

TURINYS

PIRMA DALIS

BAUDŽIAMOJI TEISĖ IR BAUDŽIAMASIS ĮSTATYMAS. ŽMOGUS KAIP TEISĖS SUBJEKTAS

TREČIA DALIS

NEATSARGŪS VEIKIMU PADAROMI DELIKTAI

PENKTA DALIS
MOKYMAS APIE KONKURENCIJĄ

PRIEDAS

SANTRUMPOS

Abs.	pastraipa
AcP	civilinių bylų praktikos archyvas
AE	alternatyvus Baudžiamojo kodekso projektas, 1966, 2 leidimas, 1969
aF	sena redakcija
AK	alternatyvus Baudžiamojo kodekso komentaras
Akt. G	Įstatymas dėl operacijų su vertybiniais popieriais
Alt.	alternatyvos
Anm.	pastabos
ARSP	teisinės ir socialinės filosofijos archyvas
Art.	skyrius
AT	bendroji dalis
Bay ObLG	Bavarijos aukščiausiasis Žemės teismas
Bay ObLG St	Bavarijos aukščiausiojo Žemės teismo sprendimai baudžiamosiose bylose
BBG	federalinių įstaigų pareigūnų įstatymas
Bd.	tomas
BGB	Civilinės teisės kodeksas
BGBl	Federalinių įstatymų žinios (dalis, puslapis)
BGH	Vokietijos Aukščiausiasis Teismas
BGHSt	Vokietijos Aukščiausiojo Teismo sprendimai baudžiamosiose bylose
BGHZ	Vokietijos Aukščiausiojo Teismo sprendimai civilinėse bylose
BJugdG	Federalinis medžioklės įstatymas
BRRG	Valstybės tarnautojų teisinės padėties įstatymas
BT	specialioji dalis
BT-Drucks.	Bundestago leidinys
BtMG	Įstatymas dėl narkotinių medžiagų
BVerfG	Vokietijos Konstitucinis Teismas
BVerfGE	Vokietijos Konstitucinio Teismo sprendimai
CR	kompiuteriai ir teisė
DHR	Vokietijos autorinė teisė
Diss.	disertacija
DJT	Vokietijos teisininkų žinios
DtZ	Vokiškas-vokiečių – teisės žurnalas
E 1962	Baudžiamojo kodekso projektas, 1962
EGBGB	Civilinio kodekso įgyvendinimo įstatymas

EGStGB	Baudžiamojo kodekso įgyvendinimo įstatymas
Einl.	įvadas
Erg.	išvada
ESJ	sprendimų rinkinys jauniems teisininkams
EuGRZ	Pagrindinės teisės Europoje, žurnalas
evtl.	netiesiogiai
EzSt	sprendimai iš baudžiamosios ir administracinės teisės
FamRZ	Šeimos teisės žurnalas
Festschs.	jubiliejinis straipsnių rinkinys
GH	Goldmajerio baudžiamosios teisės archyvas
Gedschs.	atmintinė
GG	Vokietijos Konstitucija
GmbHG	Ribotos atsakomybės bendrovių įstatymas
GrS	Baudžiamųjų bylų didysis senatas
GVG	Teismų įstatymas
GVNW	Šiaurės Reino-Vestfalijos įstatymų ir nutarimų žinios
HESt	Reikšmingi teisėjo sprendimai baudžiamosiose bylose
HRR	Reikšminga teisminė praktika (metai, numeris)
Hrsg	leidėjas
IRG	įstatymas dėl tarptautinio bendradarbiavimo baudžiamosiose bylose
JA	Teisininkų darbų žinios
JGG	Nepilnamečių teismo įstatymas
JMBl NW	Šiaurės Reino-Vestfalijos teisingumo ministerijos žinios
JR	Teisės apžvalga
Jura	teisinis išsilavinimas
Jus	teisininkų parengimas
JW	teisės savaitraštis
JZ	teisininkų laikraštis
Kastr. G	Įstatymas dėl savanoriško kastravimo
KG	Berlyno Aukščiausiasis Teismas
KO	Bankroto procedūros
Lb	vadovėlis
LG	Žemės teismas
LK	Leipcigo baudžiamojo kodekso komentaras
Lkw	sunkvežimis
LM	Vokietijos Aukščiausiojo Teismo sprendimai Lindmajerio, Mieringo ir kt. žinyne
LZ	Leipcigo laikraštis
MDR	Vokiečių teisės mėnesinis leidinys
MedR	medicininė teisė
MRK	1950-11-04 Žmogaus teisių apsaugos konvencija
MschrKrim	mėnesinis kriminologijos ir baudžiamosios teisės reformos žurnalas

NJ	naujoji justicija
NJW	Naujas teisės savaitraštis
NK	Baudžiamajame kodekse esančių įstatymų komentaras
Nr	numeris
NStE	naujas sprendimų baudžiamosiose bylose rinkinys
NStZ	naujas baudžiamosios teisės žurnalas
NZV	naujas transporto teisės žurnalas
OGHSt	anglų zonos Aukščiausiojo Teismo sprendimai baudžiamosiose bylose
OrgKG	Kovos su nelegalia narkotikų kontrabanda, prekyba ir kitomis organizuoto nusikalstamumo pasireiškimo formomis įstatymas 1992-07-15.
OWiG	Įstatymas dėl administracinių teisės pažeidimų
RG	Imperinis Vokietijos teismas (1879–1945)
RGBl	Reicho įstatymų žinios (dalis, numeris)
RGSt	Imperinio Vokietijos teismo sprendimai baudžiamosiose bylose
Rn	paraštės numeriai
RPflG	Teismo tarnautojų įstatymas
RVO	imperinė draudimo tvarka
S.	puslapis
SchlHA	Šlezvigo–Holšteino žinios
SchlHOLG	Šlezvigo–Holšteino žemės aukštesnysis teismas
Sch–Sch	Šimkė–Šrioderis, Baudžiamasis kodeksas
Schw-ZStr.	Šveicarijos baudžiamosios teisės žurnalas
SK	sisteminis Baudžiamojo kodekso komentaras
SoldG	Karių teisinės padėties įstatymas
StGB	Baudžiamasis kodeksas
StPO	Baudžiamojo proceso kodeksas
StrÄndG	Baudžiamosios teisės pakeitimo įstatymas
StrRG	Įstatymas dėl baudžiamosios teisės reformos
Str. Vert.	gynėjas baudžiamosiose bylose
StVG	Įstatymas dėl kelių eismo
StVO	kelių eismo taisyklės
StVulbzG	Bausmių vykdymo įstatymas
StVZO	nuostatos dėl vairuotojo pažymėjimo išdavimo
VOR	Žurnalas apie transporto teisę ir normas, reglamentuojančias administracinę atsakomybę
VRS	transporto darbą reglamentuojančių normų rinkinys (tomas, puslapis)
VVG	Draudimo įstatymas
WiKG	Įstatymas dėl kovos su ekonominiu nusikalstamumu
WStG	Įstatymas dėl baudžiamosios atsakomybės už karo nusikaltimus
ZPO	Civilinio proceso kodeksas
ZRP	Teisės politikos žurnalas
ZStW	Bendrasis baudžiamosios teisės mokslo žurnalas
ZVG	Įstatymas dėl varžytinių ir priverstinio turto valdymo

LITERATŪRA

AK-StGB	Altemativkommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 1990 (herausgegeben von *Wassermann).* Zitiert: *AK-Bearbeiter*
Baumann-Weber	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Auflage 1985
Berz	Formelle Tatbestandsverwirklichung und materieller Rechtsgüter-schutz, 1986. Zitiert: Rechtsgüterschutz.
Blei	Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 18. Auflage 1983
Bloy	Die Beteiligungsform als Zurechungstypus im Strafrecht, 1985
Bockelmann-Volk	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage 1987
Burgstaller	Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974
Donatsch	Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt, 1987
Dreher-Tröndle	Strafgesetzbuch, 47. Auflage 1995. Zitiert: *D-Tröndle*
Ebert	Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1994
Eser/Burkhardt	Strafrecht I, II, Juristischer Studienkurs, 4. Auflage 1992
Frank	Strafgesetzbuch, 18. Auflage 1931
Freund	Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992
Frisch	Vorsatz und Risiko, 1983; Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluß, in: *Eser/Perron* (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung III, 1991, S. 217. Zitiert: Irrtum
Gallas	Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968; Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989
Günther	Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983
Haft	Strafrecht. Allgemeiner Teil, 6. Auflage 1994
Hassemer	Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Auflage 1990
Herzberg	Taterschaft und Teilnahme, 1977
Hirsch	Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960
Hruschka	Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Auflage 1988
Jakobs	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1991
Jescheck	Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Auflage 1988
Kaufmann, Armin	Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1955; Straf rechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982
Kaufmann, Arthur	Strafrecht zwischen Gestern und Morgen, 1983; Das Schuldprinzip, 2. Auflage 1976; Schuld und Strafe, 2. Auflage 1983; Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Neudruck 1985
Kienapfel	Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4. Auflage 1984
Kindhäuser	Gefährdung als Straftat, 1989
Kratzsch	Verhaltenssteuerung und Organisation im Straf recht, 1985
Kühl	Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1994
Küper	Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978. Zitiert: Versuchsbeginn; Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision, 1979. Zitiert:

	Pflichtenkollision; Der „verschuldete" rechtfertigende Notstand, 1983. Zitiert: Notstand; Darf sich der Staat erpressen lassen? Zur Problematik des rechtfertigenden Nötigungsnotstandes, 1986. Zitiert: Nötigungsnotstand
Küpper	Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990
Kuhlen	Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987. Zitiert: Irrtum
Lackner	Strafgesetzbuch, 21. Auflage 1995
Leipziger Kommentar	Strafgesetzbuch, 10. Auflage 1978-89; 11. Auflage 1992 ff. Zitiert: *LK-Bearbeiter*
Maurach-Zipf	Strafrecht. Allgemeiner Teil, Teilband l, 8. Auflage 1992
Maurach-Gössel-Zipf	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Auflage 1989
Meyer, Maria-K.	Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984
Mezger	Straf recht, 3. Auflage 1949
Naucke	Straf recht (Einführung), 6. Auflage 1991
Nieuwenhuis	Gefahr und Gefahrverwirklichung im Verkehrsstrafrecht, 1984. Zitiert: Gefahrverwirklichung
NK-StGB	Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, Gesamtredaktion *Neu-mann und Jung,* l. Auflage 1995. Zitiert: *NK-Bearbeiter*
Oehler	Internationales Straf recht, 2. Auflage 1983
Otto	Grundkurs Straf recht. Allgemeine Straf rechtslehre, 4. Auflage 1992
Paeffgen	Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979. Zitiert: Irrtumslehre
Preisendanz	Strafgesetzbuch, 30. Auflage 1978
Puppe	Vorsatz und Zurechnung, 1992
Rengier	Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986
Roxin	Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band l, Grundlagen, Aufbau der Verbrechenslehre, 2. Auflage 1994; Täterschaft und Tatherrschaft, 6. Auflage 1994; ESJ Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1984
Samson	Strafrecht I, 7. Auflage 1988
Schlüchter	Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Straf recht, 1983. Zitiert: Irrtum
Schmidhäuser	Strafrecht. Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Auflage 1984. Zitiert: AT; Lehrbuch, 2. Auflage 1975. Zitiert: Lb
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, 24. Auflage 1991, fortgerührt von *Lenckner, Cramer, Eser* und *Stree.* Zitiert: *Sch-Sch-Bearheiter*
Schünemann	Grundfragen des modernen Straf rechtssystems, 1984 (mit Beiträgen von *Achenbach, Amelung, Haffke, Rudolphi, Schiinemann* und *Wol-ter).* Zitiert: Grundfragen
Schumann	Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986
Stratenwerth	Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 3. Auflage 1981
SK-StGB	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band l, Allgemeiner Teil, 6. Auflage 1992, von *Rudolphi, Hom* und *Samson.* Zitiert: *SK-Bearbeiter*
Triffterer	Österreichisches Straf recht. Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1994; StGB-Kommentar, System und Praxis, 1995 (Herausgeber). Zitiert: Triffte-rer-*Bearbeiter*
Welzel	Das deutsche Straf recht, 11. Auflage 1969
Wolter	Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981. Zitiert: Zurechnung; Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht, in: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 103. Zitiert: Grundfragen; Wahlfeststellung und in dubio pro reo, 1987

JUBILIEJINIŲ LEIDINIŲ SĄRAŠAS

Jürgen Baumann	Bielefeld 1992
Günter Blau	Berlin, New York 1985
Paul Bockelmann	München 1979
Hans-J. Bruns	Köln, Berlin, Bonn, München 1978
Eduard Dreher	Berlin, New York 1977
Hanns Dünnebier	Berlin, New York 1982
Karl Engisch	Frankfurt a. M. 1969
Wilhelm Gallas	Berlin, New York 1973
Ernst Heinitz	Berlin 1972
Richard M. Honig	Göttingen 1970
Hans-H. Jescheck	Berlin 1985
Armin Kaufmann	Gedächtnisschrift, Köln, Berlin, Bonn, München 1989
Arthur Kaufmann	Strafgerechtigkeit, Heidelberg 1993
Hilde Kaufmann	Gedächtnisschrift, Berlin, New York 1986
Theodor Kleinknecht	Strafverfahren im Rechtsstaat, München 1985
Ulrich Klug	Köln 1983
Friedrich-W. Krause	Recht und Kriminalität, Köln, Berlin, Bonn, München 1990
Karl Lackner	Berlin, New York 1987
Richard Lange	Berlin, New York 1976
Heinz Leferenz	Kriminologie – Psychiatrie – Strafrecht, Heidelberg 1983
Werner Maihofer	Rechtsstaat und Menschenwürde, Frankfurt a. M. 1988
Reinhart Maurach	Karlsruhe 1972
Hellmuth Mayer	Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Berlin 1966
Karlheinz Meyer	Gedächtnisschrift, Berlin, New York 1991
Peter Noll	Gedächtnisschrift, Zürich 1984
Dietrich Oehler	Köln, Berlin, Bonn, München 1985
Karl Peters	Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Tübingen 1974
Friedrich Schaffstein	Göttingen 1975
Eberhard Schmidt	Göttingen 1961
Rudolf Schmitt	Tübingen 1992
Horst Schröder	Gedächtnisschrift, München 1978
Hans Schultz	Festgabe, Lebendiges Strafrecht, Bern 1977
Günter Spendel	Berlin, New York 1992
W. Stree/J. Wessels	Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heidelberg 1993
Herbert Tröndle	Berlin, New York 1989
Hellmuth v. Weber	Bonn 1963
Hans Welzel	Berlin, New York 1974
Thomas Würtenberger	Kultur, Kriminalität, Straf recht, Berlin 1977

PIRMA DALIS

BAUDŽIAMOJI TEISĖ IR BAUDŽIAMASIS ĮSTATYMAS. ŽMOGUS KAIP TEISĖS SUBJEKTAS

§1. BAUDŽIAMOSIOS TEISĖS UŽDAVINIAI IR PAGRINDINĖS SĄVOKOS. BAUDŽIAMOSIOS TEISĖS PAŽEIDIMŲ (DELIKTŲ) KLASIFIKAVIMAS

1 Pirmasis atvejis (Pagrindiniai baudžiamieji klausimai):
I. Meno mėgėjas K bando įkalbėti savininką E parduoti senovinį laikrodį. Įkalbėti nepavykus, K numeta ant grindų jam duotą apžiūrėti laikrodį. Laikrodis sugadinamas. Kokių teisinių padarinių sukels K poelgis?

2 II. A tyčia nužudė B. Ar kaltės dydžiui ir jo veikos neteisėtumui svarbu tai, kad A:
1. Nužudė klastingai ar skatinamas žemų paskatų?
2. Nužudė iš pykčio, kadangi B jį smarkiai įžeidė?
3. Nepagydomai vėžiu sergantis B pats prašė jį nužudyti?

3 III. S su vienuolikamete mergaite M atliko seksualinius veiksmus (= nusižengimas pagal §176 I). Ar pasikeistų šio baudžiamojo teisės pažeidimo esmė, jeigu S:
1. Su M būtų turėjęs lytinius santykius?
2. Šia veika dėl nusikalstamo nerūpestingumo būtų sukėlęs mergaitės mirtį?

I. Baudžiamosios teisės uždaviniai ir pagrindinės sąvokos

4 1. Pirmame pavyzdyje K, numesdamas laikrodį, įsibrauna į E priklausančią teisinio reguliavimo sritį. Šiuo atveju toks poelgis tampa teisiškai svarbiu įvykiu, susijusiu ir su civiline, ir su baudžiamąja teise.

Civilinė teisė garantuoja E teisę reikalauti atlyginti tą žalą, kurią jam neteisėtai, kėsindamasis į nuosavybę, padarė K (§823, 249 BGB).

Tačiau pareiga atlyginti žalą ne visada garantuoja deramą teisinio gėrio (vertybės) apsaugą. Dėl to valstybės norą išsaugoti pagrindines jos vertybes ir apsaugoti teisinę rimtį visuomenės viduje gali užtikrinti tik tai, kad elgesys, kuris teisinei tvarkai yra akivaizdžiai socialiai žalingas, uždraudžiamas – už jo padarymą nustatomos kriminalinės bausmės (plg. BVerfGE 51, 324, 343).

Jeigu kažkam pareiga atlyginti žalą neatrodo pakankamai rimta, kadangi jis dėl savo finansinės padėties „gali viską sau leisti" arba dėl to, kad jis nieko neturi (§811, 850 ff ZPO), tai daugeliu atvejų tik laisvės atėmimo bausmės grėsmė sulaikys jį nuo teisės pažeidimų.

Pirmuoju atveju K pažeidė BK 303 straipsnyje esančią draudžiamąją normą. Pagal E pareiškimą (§303 c, 77 ff) K gali būti nubaustas už turto sužalojimą. Priimant nuosprendį K patiria pelnytą socialinį ir etinį jo padarytos nusikalstamos veikos pasmerkimą ir teisinės visuomenės nepritarimą šiai veikai. Tuo pačiu kitiems visuomenės nariams parodoma, kad negalima pažeisti teisinės tvarkos. (Apie tai žr. *Gallas*, ZSt W 80,1,3; LK-*Jescheck*, Einleitung Nr. 23).

5 Žmonijos istorija patvirtina, jog baudžiamoji teisė būtina vien dėl to, kad padėtų žmonėms sėkmingai gyventi kartu (plačiau apie tai žr. *Bockelmann*, Lange-Festschr. S. 1; *Maurach*. Zipf, AT §6; *Schmidhäuser*, AT 2/14-24).

6 2. Saugodama teisinį gėrį baudžiamoji teisė padeda užtikrinti visuotinę gerovę ir išsaugoti teisinę rimtį. Ji saugo mūsų Konstitucijos socialinėmis ir etinėmis vertybėmis paremtą tvarką bei santarvę ir vadovaujasi Konstitucijoje numatytais tikslais. Dėl tokio ryšio su pagrindiniu įstatymu baudžiamosios teisės uždavinys yra užtikrinti elementarių, pagrindinių visuomeninio gyvenimo vertybių apsaugą ir, neperžengiant socialinės tvarkos ribų, garantuoti teisinės santarvės išlaikymą ir esant konfliktinei situacijai įgyvendinti teisę priešingai neteisėtumui (BVerfGE 51, 324, 343).

7 Teisiniu gėriu vadinamos svarbios visuomenei gyvenimo socialinės vertybės ir teisiškai pripažinti individo ar visuotiniai interesai, kuriems būtina teisinė apsauga. Atskiram individui priklausantis teisinis gėris – gyvybė, asmens neliečiamumas, asmens laisvė, garbė, nuosavybė, turtas ir t.t. ... (= individualus teisinis gėris). Visuotinis teisinis gėris – valstybės stabilumas ir jos laisva, demokratinė santvarka, valstybės paslapčių apsauga, teisėtvarka, valstybės tarnautojų nepaperkamumas, pinigų apyvartos saugumas, teisinių dokumentų patikimumas ir t.t. (= universalus teisinis gėris).

8 Reikia skirti teisinį gėrį ir veiksmo objektą. Teisinis gėris – tai idealios socialinės vertybės (§211 ir t.t.: gyvybė; §242: nuosavybė ir apsauga). Veiksmo objektas – konkretus daiktas, kuris yra sudedamoji veikos objekto dalis ir į kurį yra nukreipta konkreti veika (§211 ir t.t.: kitas žmogus; §242: svetimas kilnojamasis turtas).

9 Baudžiamosios teisės ištakos kyla iš teisinės visuomenės socialinės ir etinės vertybių orientacijos ir yra pagrindas teisiniam gėriui, teisės normai ir nusikaltimo sudėčiai atsirasti (apie tai rekomenduojama skaityti *Arthur Kaufmann*, JuS, 78, 361; apie nusikaltimo sudėties kilmę žr. *Günther*, JuS, 78,8).

Socialinės etikos (nepainioti su individualia etika) srityje yra tokių pareigų, kurias vykdyti būtina, kad vyktų normalus bendras žmonių gyvenimas. Baudžiamosios teisės draudimai ir reikalavimai yra tokie pat kaip ir socialinėje etikoje, tačiau ne visos socialinės etikos elgesio normos yra baudžiamosios teisės sudedamosios dalys.

Baudžiamoji teisė kaip *ultima ratio* yra pateisinama tik tada, kai švelnesnėmis priemonėmis (civilinės ar viešosios teisės) neįmanoma efektyviai apsaugoti teisinio gėrio. Pavyzdžiui, seksualinio gyvenimo srityje ne už kiekvieną amoralų ar dorovės normas pa-

žeidžiantį poelgį (lytinis santykiavimas su gyvūnais) iš karto taikoma kriminalinė bausmė. Įstatymo leidėjas privalo tikrinti, ar konkrečiam socialiai žalingam elgesiui būtina taikyti baudžiamosios teisės normas. Atsakingos ir gerai apgalvotos baudžiamosios politikos uždavinys – protingai taikyti baudžiamosios teisės prievartą (plačiau apie tai žr. *Jescheck*, AT §26 I 2; *Frisch*, Festschr. Für *Stree/Wessels*, S. 69).

10 3. Baudžiamoji teisė yra teisėtvarkos dalis, nustatanti baudžiamumo sąlygas bei tam tikrus baudžiamo elgesio požymius, apibrėžianti bausmes ir be kitų teisinių padarinių, numatanti ypatingas pataisymo ir apsaugos priemones.

11 Visi baudžiamosios veikos teisiniai padariniai privalo atitikti teisinės valstybės ir proporcingumo principus (plg. §1, 46, 62). Būtina bausmės sąlyga – kaltė (BVerfGE 20, 323, 325; 25, 269, 285; 45, 187, 228). Kaltės principas draudžia bausti be kaltės arba esant kaltei skirti aiškiai per griežtas bausmes (BVerfGE 50, 125, 133). Šalia kaltės principo kaip kriminalinių bausmių sistemos pagrindas egzistuoja resocializavimo principas. Bausmės tikslas yra nusikaltimą padariusį asmenį sugrąžinti į teisinę visuomenę, priversti jį ateityje suvokti socialinę atsakomybę ir gyventi nedarant nusikaltimų (plg. §46 I 2, StGB §2). Pagal vadinamąją „dviejų juostų" sistemą bausmės priešpriešinamos pataisos ir apsaugos priemonėms. Šios priemonės, susijusios ne su kalte, o su nusikaltėlio socialiniu pavojingumu, gali būti skiriamos nesant kaltės (žr. §20, 63 ir t.t.).

Plačiau apie tai bei apie valstybės skiriamų bausmių prasmę ir tikslus: AK-*Hassemer*, Nr. 404 ir t.t. prieš §1; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I, S., 7 ir t.t.; *Jescheck* AT §8, 9; *Lesch*, JA 94, 510, 590; *Roxin* AT §3; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 1991, S. 14, 118 ir t.t.

Apie baudžiamųjų veikų skirtumus ir atskyrimą nuo administracinių teisės pažeidimų, už kuriuos nenumatyta baudžiamosios atsakomybės, o tik piniginė bauda (§1 OWiG), žr. BVerfGE 22, 49,79; *Bohnert*, Jura 84,11; *Jescheck*, AT §7 V; *Weber*, ZStW 92, 313 mwN.

12 Baudžiamoji teisė yra viešosios teisės dalis, kadangi reguliuoja santykius tarp valstybės ir piliečių.

BK kaip pagrindinis baudžiamosios teisės šaltinis turi bendrąją ir specialiąją dalį. Pirmoji apima bendrojo pobūdžio nuostatas, t.y. bendrus nusikaltimo požymius, jo padarymo formas ir teisinius padarinius. Antrojoje yra numatytos tam tikros nusikaltimų sudėtys bei nusikaltimų grupės (apie tai žr. *Tiedemann*, Baumann-Festschr. S., 7).

13 4. BK yra skiriama „baudžiamoji veika" (plg. §44, 66) ir „priešinga teisei veika" (plg. §26, 27, 11 I Nr. 5). Pagal įstatymą baudžiamoji veika suprantama kaip priešingas teisei, kaltai padarytas baustinas elgesys, atitinkantis Baudžiamajame įstatyme numatytą nusikaltimo sudėtį. Pagal BK priešinga teisei veika suprantama kaip elgesys, atitinkantis Baudžiamajame įstatyme numatytą nusikaltimo sudėtį, nors konkrečiu atveju ir nėra kaltai padaryta veiksmų. Abu pavadinimai glaudžiai susiję su tuo, kaip neteisėtumą atskirti nuo kaltės.

Jeigu sąvoka „baudžiamoji veika" apima tik kaltai padarytą neteisėtą veiką, tai „priešinga teisei veika" apima ir be kaltės padarytą baudžiamąja prasme neteisėtą veiką (apie tai žr. §17, 20).

14 Teisinėje terminologijoje skiriama baudžiamosios veikos sudėties teisiniai padariniai ir įvykio aplinkybės. Pagal §242 teisiniai padariniai yra laisvės atėmimo arba piniginės bausmės. Įstatymu sunorminta sąlyga („tas, kuris neteisėtai paima svetimą kilnojamąjį daiktą, turėdamas tikslą jį pasisavinti") vadinama baudžiamosios veiklos sudėtimi. Įvykio aplinkybės – tai nagrinėjamuoju atveju esanti faktinė medžiaga. Patikrinimas, ar įvykio aplinkybės atitinka įstatyme numatytą baudžiamosios veikos sudėtį, vadinamas kvalifikavimu (subsumacija).

15 5. Iš esmės baudžiamoji veika – tai teisinio gėrio ir pareigos pažeidimas (BGHSt2, 364, 368). Jos neteisėtumo turinys atsiskleidžia per veiklos padarinių žalingumą (= saugumo objekto pažeidimas ar kėsinimasis į jį) ir veiksmų žalingumą (= veiksmų padarymo pobūdis ir būdas). Kaltės turinys atsiskleidžia per veiką, kurioje pasireiškia negatyvios pažiūros, nusakančios nusikaltusiojo klaidingą požiūrį ir teisines elgesio normas bei jo menką teisinę sąmonę.

Plg. BGH JZ 88, 367; *Gallas*, Bockelmann-Festschr., S. 155 ir ZStW 67, 1; *Jescheck*, AT §24 III; *Sch-Sch-Lenckner*, Nr. 8-22, 43-70, 116-123 prieš §13; *Stratenwerth*, Schaffstein-Festschr., S. 177; *Wolter*, Zurechnung., S. 46-51.

16 Pirmuoju atveju II A padarytos baudžiamosios veikos neteisėtumo ir kaltės turinys yra toks: visuose nužudymuose „padarinių žalingumas" pasireiškia kito asmens gyvybės atėmimu. „Veiksmų žalingumą" dažniausiai nusako tyčinis arba neatsargus (§222) jų padarymo būdas. Tyčios atveju „veiksmų žalingumas" didesnis, jei buvo naudojamasi visuotinai pavojingomis priemonėmis arba veikiama klastingai ar žiauriai (§211 II 2. grupė = padarymo būdo smerktinumas). Kaltės turinį ir pažiūrų negatyvumą lemia: tyčios atveju – sąmoningai nesilaikoma draudimo nužudyti, o neatsargumo atveju – aplaidžiai ar nerūpestingai nusikaltėlis žiūri į reikalavimą laikytis teisėtvarkos. Priklausomai nuo motyvų tarp pirmos ir trečios §211 II grupių (= paskatų negatyvumo arba elgesio tikslo) neigiamas požiūris padidėja ir atvirkščiai – atvejais, numatytais §213 (= išprovokuotas didelis susijaudinimas), §216 (= nužudymas iš gailesčio) bei §217 (= ypatinga dvasinė būsena po gimdymo) neigiamas požiūris sumažėja. BK atsižvelgiama į šiuos neteisėtumo ir kaltės laipsnius ir numatomos skirtingos bausmės bei jų dydžiai.

II. Baudžiamųjų teisės pažeidimų (deliktų) skirstymas

17 1. Atsižvelgiant į numatytas bausmes visos baudžiamosios veikos pagal §12 skirstomos į nusikaltimus ir nusižengimus.

Nusikaltimai yra priešingos teisei veikos, už kurias numatyta ne mažesnė kaip vienerių metų laisvės atėmimo bausmė (§12 I).

Nusižengimai yra priešingos teisei veikos, už kurias numatyta mažesnė kaip vieneri metai laisvės atėmimo bausmė arba bausmės, nesusijusios su laisvės atėmimu (§12 II).

18 Baudžiamųjų teisės pažeidimų skirstymą lemia ne konkrečiu atveju paskirta, bet baudžiamosios teisės normos sankcijoje numatyta bausmė. Dėl veikos kvalifikuojamųjų ar privilegijuojamųjų požymių atsiranda nauja baudžiamosios veikos sudėtis su švelnesnėmis ar griežtesnėmis bausmėmis, todėl keičiasi ir baudžiamojo teisės pažeidimo rūšis. Nauja baudžiamosios veikos sudėtis bus pasikeitus šios veikos ne-

teisėtumo turiniui. Šis pasikeitimas yra galutinis ir už šią naujai formalizuotą veiką numatoma nauja sankcija.

Pavyzdžiui, §212 yra numatytas nusikaltimas, o perkvalifikavus veiką į §216 pagal §12 II jau yra tik nusižengimas. §223 – nusižengimas, o §224-226 – nusikaltimai.

19 Atsakomybės sušvelninimas ar sugriežtinimas pagal bendrosios dalies nuostatas (plg. §21, 23 I, 27 II, 49) ar esant ypač sunkiems atvejams (plg. §263 III, 266 II, 267 III), ar bet kokiems sunkiems atvejams (plg. §177 II, 178 II, 213, 217 II, 249 II), neturi įtakos baudžiamosios teisės pažeidimų skirstymui į nusikaltimus ar nusižengimus. Tai galioja ir ypač sunkiems atvejams (pvz., §176 III), kai baudžiamosios teisės normose numatyta ne tam tikra baudžiamosios veikos sudėtis, o reglamentuotos tik bausmės skyrimo taisyklės.

20 Pirmuoju atveju S padaryta baudžiamoji veika, numatyta §176 I, II yra nusižengimas. Tokia veika, susijusi su lytiniu santykiavimu, pagal §176 III Nr. 1, nors ir laikoma kaip „ypač sunkus atvejis“, tačiau pagal §12 III lieka tik nusižengimu. Pagal §12 I ši veika būtų nusikaltimas, jei S dėl lengvabūdiškumo tokia savo veika sukeltų vaiko mirtį ir taip padarytų baudžiamąją veiką su kvalifikuojančiais požymiais (§176 IV). Šiuo atveju (kitaip nei §176 III) teismas turėtų inkriminuoti naują baudžiamosios veikos sudėtį, kilusią iš pagrindinės baudžiamosios veikos sudėties. Todėl §176 IV, lyginant jį su §12 III, nėra bausmės parinkimo taisyklė (plačiau apie tai žr. Nr. 109 ir t.t.).

Baudžiamosios veikos rūšis turi praktinės reikšmės baudžiant už pasikėsinimą (§23 I), §30, 45 atvejais ir baudžiamajam procesui sustabdyti (BPK §153 ir t.t.).

21 2. Pagal santykį tarp veiksmų ir padarinių visos baudžiamosios veikos skirstomos į padarinių ir veiksmų deliktus.

22 a) Esant padarinių deliktams įstatyme numatytoje baudžiamosios veikos sudėtyje yra nurodomos šios veikos išoriniame pasaulyje sukeliami padariniai. Tarp veiksmų ir padarinių turi būti priežastinis ryšys.

Padarinių deliktai yra §211, 218, 223, 240 ir t.t.

23 Ypatingą padarinių deliktų grupę sudaro pagal padarinius kvalifikuojami deliktai. Tai yra tie atvejai, kai padarius baudžiamąją veiką (išžaginimą, tyčinį kūno sužalojimą, plėšimą) papildomai atsiranda ypatingų tokios „veikos padarinių“ (pvz., nukentėjusiojo mirtis) ir dėl to įstatymas numato griežtesnę atsakomybę.

Pavyzdžiai: §176 IV, 177 III, 178 III, 221 III, 224, 226, 239 III, 239a III, 251, 307 Nr. 1, 309 antroji alternatyva. Pagal padarinius kvalifikuojamų deliktų griežta sankcija rodo, jog jie neatsiranda kaupiantis pagrindinei baudžiamajai veikai ir padariniams. Jų ypatingas neteisėtumo turinys būna tik tada, kai į pagrindinę baudžiamosios veikos sudėtį įtraukiami sunkūs padariniai. Plačiau apie tai žr. BGHSt 31, 96; 33, 332; *Hirsch*, Oehler-Festschr., S. 111; *Paffgen*, JZ 89, 220; *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, 1986; *Wolter*, JuS 81, 168 ir GA 1984, 443. B).

24 b) Paprastai veiksmų deliktų padarymas išoriniame pasaulyje nesukelia padarinių. Jų neteisėtumas pasireiškia pradėjus įstatyme numatytus veiksmus.

Veiksmų deliktai – tai, pvz., su parodymais susiję baudžiamieji teisės pažeidimai (§153, 154), lytinis santykiavimas tarp giminaičių (§173) ir globojamų asmenų seksualinis tvirkinimas (§174). Baudžiamųjų teisės pažeidimų, numatytų §153, 154, kai baudžiamumui neturi reikšmės, ar nusikaltėlio melagingi parodymai suklaidina teismą.

25 3. Pagal kėsinimosi į veikos objektą intensyvumą baudžiamosios teisės pažeidimai skirstomi į pažeidimo ir grėsmės deliktus.

26 a) Pažeidimo deliktams priskiriamos baudžiamosios veikos, kuriomis padaroma žala veikos objektui (pvz., gyvybės atėmimas, kūno sužalojimas, daiktų sugadinimas, §211, 223, 303).

27 b) Grėsmės deliktams pakanka, kad atsirastų pavojus saugomam veikos objektui. BK numato konkrečius ir abstrakčius grėsmės deliktus.

28 Konkretūs grėsmės deliktai padaromi tada, kai prieštaraujančiu normoms elgesiu sukeliamas konkretus pavojus saugomam objektui, ir toks elgesys yra baustinas. Šiuo atveju pavojus yra baudžiamosios veikos sudėties požymis (pvz., §221, 311-315 c). Teisėjas, skirdamas bausmę už tokią veiką, privalo nustatyti, ar pavojus buvo kilęs.

29 Abstraktūs grėsmės deliktai padaromi elgesiu, kuris apskritai yra pavojingas saugomam objektui (pvz., §227, 306, 326, 328 I, II). Veikos pavojingumas šiuo atveju nėra baudžiamosios veikos sudėties požymis, o tik pagrindas baudžiamosios teisės normos egzistavimui. Teisėjas paprastai neprivalo tikrinti, ar pavojus buvo kilęs, ar ne (žr. BGHSt 26, 121; BGH NStZ 82, 420; *Bohnert*, JuS 84, 182; *Wessels* BT/1, Nr. 927).

30 Plačiau apie viską: *Eva Graul*, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, 1991; *Hirsch*, Gefahr und Gefährlichkeit, Festschr. für Arthur Kaufmann, S. 545; *Horn*, Konkrete Gefährdung, 1973; Kindhäuser, Gefährdgung, S. 189; *Kuhlen*, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, GA 1994, 347.

31 4. Pagal tai, ar priešinga teisei padėtis tik sukeliama, ar ir toliau tyčia palaikoma, baudžiamieji teisės pažeidimai skirstomi į padėties ir trunkamuosius deliktus.

32 a) Esant trunkamiesiems deliktams priešingumo teisei buvimas priklauso nuo vykdytojo valios. Baudžiamosios veikos sudėtis realizuojama ne tik sukėlus priešingą teisei padėtį, bet ir toliau ją palaikant. Pvz., neteisėtas laisvės atėmimas (§239), būsto neliečiamybės pažeidimas (§213). Baudžiamoji veika, kuri šiuo atveju trunka tam tikrą laiką, atsiranda nuo momento, kai padaroma priešinga teisei padėtis, o pats baudžiamosios teisės pažeidimas laikomas baigtu nuo to momento, kai ši padėtis pašalinama. Tai svarbu nustatant senaties termino skaičiavimo pradžią.

33 b) Esant padėties deliktams (pvz., kūno sužalojimas, §223; daiktų gadinimas, §303; metrikacijos įrašų klastojimas, §169; dviguba santuoka, §171), baudžiamosios veikos sudėtis realizuojama sudarant priešingą teisei padėtį. Šiuo atveju baudžiamoji veika padaroma ir laikoma baigta baudžiamosios veikos sudėtyje atsiradus numatytiems padariniams (plg. BGH NJW 83, 1745, taip pat žr. LG Frankfurt HSt Z 90, 592).

34 5. Pagal pagrindines žmogaus elgesio formas baudžiamieji teisės pažeidimai skirstomi į veikimo ir neveikimo deliktus. Toks skirstymas priklauso nuo to, ar Baudžiamajame įstatyme numatyta veikos sudėtis realizuojama veikimu, ar neveikimu. Remiantis skirstymu į veiksmų ir padarinių deliktus neveikimo deliktai dar skirstomi į tikrus ir netikrus.

35 Jeigu tėvas V vaikščiodamas nuo uolėto stataus kranto nustumdamas į ežerą nužudo savo vaiką K, tai yra veikimo deliktas (= tyčinis nužudymas, padarytas veikimu §212, 211).

36 Netikras neveikimo deliktas būtų tuo atveju, jei vaikas žaisdamas įkristų į vandenį, o V, galėdamas jį išgelbėti, tyčia leistų jam nuskęsti (= tyčinis nužudymas neveikimu, nevykdant savo pareigų §212, 211, 13). Netikri neveikimo deliktai sudaro papildomą veikimo deliktų pasireiškimo formą, todėl jų sudėtis ir sankcijos sutampa. Pagal §13, jei asmuo, privaląs įvykdyti pareigą, neužkerta kelio baudžiamosios veikos sudėtyje numatytiems padariniams atsirasti, tai prilygsta aktyviais veiksmais sukeltiems padariniams (plačiau apie tai žr. Nr. 697).

37 Tikri neveikimo deliktai (pvz., §138, 323 c) yra tokios baudžiamosios veikos, kurių neteisėtumo turinį sudaro įpareigojančios normos nevykdymas, kai neatliekama konkreti, įstatyme numatyta veikla (plg. BGHSt 14, 280). Kai asmuo neturi pareigos atitinkamai veikti, §323c taikomas (o ne §212, 211) tik tuo atveju, jei pavojuje atsiduria ne V vaikas, o svetimas (žr. Nr. 696, 738).

38 6. Pagal subjekto ypatumus baudžiamieji teisės pažeidimai skirstomi į bendruosius, specialiuosius ir asmeniškai vykdytojo padarytus deliktus.

39 a) Bendrųjų deliktų subjektu gali būti bet kuris asmuo (pvz., §212, 223, 242, kur įstatymas subjektą įvardija nekonkrečiu žodeliu „kas").

40 b) Specialiaisiais deliktais vadinamos tos baudžiamosios veikos, pagal kurių sudėtį subjektas turi tam tikrų specifinių savybių (pvz., kaip gydytojas §203 arba kaip tarnautojas §331 ir t.t.).

Jei specialūs subjekto požymiai yra svarbūs baudžiamajai atsakomybei atsirasti (pvz., „tikrų" baudžiamųjų veikų tarnybai atveju §331, 332, 339, 344, 348), tai turime „tikrus" specialiuosius deliktus.

Jei pagrindinę baudžiamąją veiką gali padaryti kiekvienas, bet specialūs subjekto požymiai griežtina atsakomybę (pvz., „netikrų" baudžiamųjų veikų tarnybai atveju §120 II, 133 III, 258a, 340), tai turime „netikrus" specialiuosius deliktus.

41 c) Asmeniškai vykdytojo padarytiems deliktams būdinga tai, kad baudžiamosios veikos sudėtyje numatytas poelgis būtų atliktas asmeniškai, nes tik taip išryškėja elgesio žalingumas. Asmuo, kuris tos veikos nepadaro pats asmeniškai, negali būti šios veikos subjektu, bendravykdytoju ar netiesioginiu vykdytoju, o gali būti pripažintas tik bendrininku (= kurstytoju ar padėjėju).

Pagal §173 arba §179 subjektu gali būti tik tas asmuo, kuris pats lytiškai santykiauja (plg. BGHSt 15, 132; KG NJW 77, 817). Kitaip yra §177 (= išžaginimas) numatytuoju atveju. Šio nusikaltimo subjektu pripažįstamas asmuo, panaudojęs jėgą ar grasinęs panaudoti smurtą, pavojingą gyvybei ar sveikatai. Baudžiamosios veikos, susijusios su parodymų davimu (§153 ir t.t.), visišku apsvaigimu (§323a) ir aiškiai neteisingo teismo sprendimo priėmimu (§336) taip pat priskiriamos prie vykdytojo asmeniškai padaromų deliktų. Ginčytinas klausimas, kokios dar baudžiamųjų veikų sudėtys priklauso šiai deliktų grupei (plačiau *Haft*, JA, 79, 651; *Herzberg*, ZStW 82, 896; LK-*Roxin*, §25 Nr. 40; *Schall*, Jus 79, 104).

42 7. Pagal baudžiamosios veikos sudėties realizavimo lygį baudžiamosios veikos skirstomos į baigtines veikas ir pasikėsinimus (žr. Nr. 590 ir t.t.). Jeigu įstatyme baudžiamoji atsakomybė numatyta už rengimąsi padaryti baudžiamąją veiką, tokiu atveju skirstymas į baigtines veikas ir pasikėsinimus nėra taikomas (= nukirstiniai deliktai, plg. §11 I 6, 81, 82, 310b, 311a, 316a).

Esant nukirstiniams deliktams netaikomas §23 II numatytas bausmės sušvelninimas, kitaip nei pasikėsinimo atveju ar atsisakius baigti nusikaltimą (§24). Šiuo atveju taikomos specialios taisyklės (plg. §83a, 314e, 316a II). Apie tai žr. *Berz*, Rechtsgüterschutz, S. 125; *Weber*, ZStW-Beiheft, 1987, 1).

§2. BAUDŽIAMASIS ĮSTATYMAS IR JO TAIKYMAS. ANALOGIJA IR AIŠKINIMAS

43 Antrasis atvejis: Viengungis J atrado naują hobį – augina paukščius giesmininkus, kuriuos vėliau parduoda. Susirgusį sunkia gripo forma J slaugo med. seselė K. Per vieną iš apsilankymų K iš meilės paukščiams atidaro narvelio duris ir juos paleidžia laisvėn. K manymu, paukščiai giesmininkai turi gyventi laisvėje, o ne narvelyje.

a) Ar K elgesys vertintinas kaip vagystė (§242), ar kaip daikto sugadinimas (§303)?

b) Jeigu ne, tai ar šios baudžiamosios nuostatos gali būti taikomos pagal analogiją.

I. Garantinės baudžiamojo įstatymo funkcijos

44 Pagal mūsų Konstituciją baudžiamoji atsakomybė be baudžiamojo įstatymo negalima. Pagal Konstitucijos 103 str. II, BK §1 už veiką gali būti baudžiama tik tuo atveju, jei šios veikos baudžiamumas buvo nustatytas iki jos padarymo. Šis „įstatymo galiojimo principas" užtikrina piliečių apsaugą nuo savavališko baudžiamojo pobūdžio valstybės prievartos priemonių naudojimo ir išplėtimo. Taigi tik įstatymas gali nustatyti poelgio baudžiamumą ir bausmę kaip teisinį tokių poelgių padarinį (= *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). Be to, iki veikos padarymo įstatyme turi būti numatytos visos patraukimo baudžiamojon atsakomybėn sąlygos ir bausmės padariniai (BVerfGE 45, 363; 78, 374; *Grünwald*, Festschr. für Arthur Kaufmann, S. 433; 1950-11-04 EZTK 7 str. II).

45 Veikos padarymo laikas – tai tas laikas, kai vykdytojas ar bendrininkai veikė, o neveikimo atveju – kai privalėjo veikti; kada atsirado padariniai, šiuo atveju nesvarbu (§8; §9 – padarymo vieta ir §78 – senaties termino skaičiavimo pradžia).

46 Jeigu (§2 II-IV) nenustatyta kitaip, pagrindinė ir papildomos bausmės skiriamos pagal tą įstatymą, kuris galiojo veikos padarymo metu (§2 I). Lygiai taip pat yra turto konfiskavimo, poėmio ir sunaikinimo atvejais (§2 V). Tačiau ši taisyklė negalioja skiriant patai-

sos ir apsaugos priemones (§2 VI). Apie §2 III ir apie laikinų įstatymų problemas §2IV, BGHSt 26, 167; 34, 272, 283; BayObLGJR 75, 68 *Sch-Sch-Eser*, §2 Nr. 36, *Tiedemann*, Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht, 1985.

Konkrečiai Baudžiamojo įstatymo garantinės funkcijos aiškinamos taip:

47 1. Baudžiamieji įstatymai turi bent minimaliai apibrėžti baudžiamosios veikos sudėtį ir jos teisinius padarinius (= konkretumo principas). Nors baudžiamuosiuose įstatymuose nedraudžiama vartoti bendrinių sąvokų ar vertinamųjų požymių, tačiau baudžiamųjų nuostatų taikymo sfera ir apimtis turi būti pakankamai aiški. Iš įstatymo piliečiui turi būti aišku, kas yra draudžiama, kad jis galėtų atitinkamai elgtis. Todėl visi baudžiamosios veikos sudėties požymiai turi būti aprašyti taip, kad būtų įmanoma išsiaiškinti jų esmę ir veikimą.

Plg. BGHSt 18, 359, 362; 30, 285; BVerfG NJW 92,223; NStZ 93, 77; *Hettinger*, JuS-Lernbogen 1986, L17 ir 33; *Krahl*, Die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zum Bestimmheitsgrundsatz im Strafrecht, 1986.

48 2. Įstatymo leidėjas ar teisėjas negali nustatyti įstatymų, numatančių veikos baudžiamumą ar sugriežtinančių baudžiamąją atsakomybę atgalinio galiojimo. Šis atgalinis įstatymo galiojimo draudimas apima klausimus, ar veika baudžiama ir kaip baudžiama (plg. BGH NJW 93, 141, 147). Ši taisyklė galioja materialinei baudžiamajai teisei, tačiau netaikoma baudžiamojo proceso teisėje.

49 Yra leistinas baudžiamojo persekiojimo sąlygas keičiančių įstatymų atgalinis galiojimas, pavyzdžiui, atgal galioja įstatymas, pašalinantis būtinumą nukentėjusiajam pateikti pareiškimą dėl baudžiamosios bylos iškėlimo privataus kaltinimo bylose (plg. BGHSt 6, 155; RGSt 76, 328; OLG Hamm NJW 61, 2030; kita nuomonė: *Pieroth*, Jus 77, 394 ir Jura 83, 122). Galima pratęsti nesuėjusius senaties terminus bei panaikinti senaties terminus už nužudymą, jei šie terminai dar nesuėję. Tokios pataisos buvo padarytos 1979-07-16 Baudžiamojo kodekso pakeitimo įstatymo (BGBl I 1046) ir 1993-09-27 įstatymu dėl senaties (BGBl I 1657). Tačiau ir tokiais atvejais negalima pamiršti, kad teisinės valstybės principas tuo atveju, jei bylos aplinkybės jau yra ištirtos, draudžia atgal veikiančiu įstatymu daryti pažeidimus kaltinamojo nenaudai (plg. BVerf GE 25, 269, 289; 46, 188, 192).

50 Pagal §2 VI atgalinio galiojimo draudimas netaikomas sprendžiant pataisos ir apsaugos priemonių skyrimo klausimus. Šiuo atveju nesant kitų taisyklių (pvz., numatytų įstatymo dėl Baudžiamojo kodekso įsigaliojimo 315 str. I dalyje) turi būti vadovaujamasi įstatymais, kurie galiojo sprendimo priėmimo metu (žr. BGHSt 5, 168, 173; 24, 103).

51 Atgalinio galiojimo draudimas nėra taikomas tais atvejais, kai pasikeitus teisinėms pažiūroms ar atsiradus naujiems duomenims keičiama nusistovėjusi aukščiausiųjų teismų praktika (BVerfG NStZ 90, 537; BGHSt 21, 157; *Schreiber*, JZ 73, 713; *Tröndle*, Dreher, Dreher-Festschr., S. 117; kritiškai apie tai: *Neumann*, ZStW 103, 331; kitaip Ranft, JuS 92, 468).

52 3. Remiantis paprotine teise ar analogija negalima sukurti naujų, sugriežtinti arba kaltinamojo nenaudai išplėsti jau esamų baudžiamosios veikos sudėčių.

Paprotinė teisė susiformuoja teisiniu reguliavimu besidominčios visuomenės dalies bendrų ir ilgalaikių teisinių įsitikinimų pagrindu (BVerfGE 22, 114, 121).

Analogija – tai tie atvejai, kai teisinės nuostatos plačiau taikymos įstatymo nesureguliuotiems ar pagal įstatymo prasmę neapimtiems santykiams (BVerfGE 82, 6).

53 Analogija draudžiama nustatant baudžiamojo įstatymo požymius, nuo kurių priklauso tam tikro elgesio baudžiamumas, ir teisinius elgesio padarinius, įskaitant pataisos ir apsaugos priemones (BGHSt 18, 136, 140; plačiau žr. *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, S. 215; derselbe, Gesetzestreue und Strafrecht, ZStW 101, 838).

54 Analogiją galima taikyti vykdytojui ar bendrininkui (pvz., analogiškais atvejais taikant baudžiamąją atsakomybę šalinančius sunkinančius ar lengvinančius pagrindus; plg. BGHSt 6, 85; 11, 324). Tas pat galioja ir paprotinei teisei, kai ribojama baudžiamoji atsakomybė (pvz., pripažįstant, kad „neišvengiama klaida dėl baudžiamojo teisinio draudimo" yra vienas iš kaltę šalinančių pagrindų – BGHSt 2, 194). Analogija gali būti taikoma tik tuo atveju, kai įstatymų spragos paliekamos nesąmoningai. Jeigu įstatymo taisyklė yra konkreti, galutinai parašyta, tai analogija negalima. Pvz., §248 nėra taikomas esant brakonieriavimui (plg. LK-*Schäfer*, §292, Nr. 3 ir §294 Nr. 1).

55 BK bendrojoje dalyje įstatymų leidėjas sąmoningai nereglamentavo daugelio atskirų klausimų (pvz., klaidingo veikos baudžiamąją atsakomybę šalinančių aplinkybių suvokimo, atskyrimo tarp tyčios ir neatsargumo). Šiuos klausimus spręsti paliko teisinei praktikai ir mokslui. Šiuo atveju, neišeinant už įstatymo ribų, teisėjų ir paprotinė teisė gali būti taikoma ir vykdytojo bei bendrininkų nenaudai. Kaip pavyzdį galima paminėti (dabar jau §25 I apibrėžtą) netiesioginio vykdytojo teisinį statusą arba paprotinės teisės nuostatos *activo libera in causa* naudojimą taikant §20 (žr.: Nr. 415, smulkiau apie tai *Maurach-Zipf*, At §8 Nr. 41; *R.Schmitt*, Jeschech-Festschr., S. 223; kritiką žr.: AK-*Marxen*, §14 Nr. 8).

II. Analogija ir aiškinimas

56 1. Kiekvieną teisės normą būtina aiškinti. Dėl tokios šių normų kaitos sunku nubrėžti ribas tarp leistino aiškinimo ir uždraustos analogijos. Aiškinimas turi atskleisti teisės normą, teisinių sąvokų prasmę ir jų turinį. Be to, analogija išeina už teisės normoje apibrėžtų nuostatų tiesioginio taikymo ribų. Aiškinimo tikslas – atskleisti įstatymo prasmę ir tam tikrais atvejais įstatymą pritaikyti pakitusiems poreikiams bei pažiūroms. Šalia to analogijos tikslas yra užpildyti įstatymų spragas plečiant ir toliau plėtojant teisines nuostatas, t.y. kuriant naują teisę.

Todėl analogija ir aiškinimas iš principo yra atskiriami tik pagal jų funkcijas, kadangi pagal savo naudojamus metodus jie yra panašūs, sutampa jų aiškinimo bei analogijos būdai, kai reikia nustatyti santykį tarp teisės normos ir konkrečių bylos aplinkybių (plg. *Maurach-Zipf*, AT §9, Nr. 24; Sk – *Rudolphi* §1, Nr. 22, 35).

57 2. Kiekvienas aiškinimas pradedamas įstatymo teksto esmės išaiškinimu remiantis įprastiniu bei specialiu teisiniu kalbos vartojimu (= gramatinis aiškinimas, plg. BGHSt

11, 116, 118). Jeigu tekstas yra daugiaprasmis, jam aiškinti gali būti naudojama dar ir kitų pagalbinių priemonių: nagrinėjama įstatymo atsiradimo istorija (= istorinis aiškinimas, plg., BGHSt 11, 47; 14, 116) ir analizuojami įstatymų visumos sisteminiai ryšiai (= sisteminis aiškinimas, plg. BGHSt 5, 263; 15, 28). Tačiau ypatinga aiškinimo svarba yra ta, kad aiškinant turi būti atskleistos specialios apsauginės įstatymo funkcijos ir objektyvi jo esmė bei tikslas (= objektyvus teleologinis aiškinimo metodas, BGHSt 17, 21, 23; 24, 40; BVerfGE 1, 299; 11, 126, 130).

Pasikeitus santykiams nebūtina atsižvelgti į tai, kaip įstatymų leidėjas anksčiau suprato aiškinamąją sąvoką (= subjektyvioji teorija), nes teisėjas privalo paklusti ne „įstatymo leidėjo valiai“, bet „objektyviai įstatymo valiai“ (= objektyvioji teorija; BGHSt 10, 157, 159; 26, 156, 159; KG NJW 77, 817). Pagal Federalinio teismo sprendimus (BGHSt 10, 159) joks įstatymas negali būti taikomas tik tais atvejais, kuriuos turėjo omeny įstatymų leidėjas priimdamas šį įstatymą, „nes įstatymas yra ne negyva raidė, o gyva ir kintanti dvasia, norinti daryti pažangą kartu su gyvenimu, siekianti tolesnio taikymo tol, kol nebus susprogdinta forma, į kurią ši dvasia yra įvilkta“. Ar pagal įstatymo tikslus ir esmę reikia plačiau (= ekstensyviau) arba siauriau (= restriktyviau) aiškinti, priklauso nuo konkretaus atvejo (§266 reikia restriktyvaus aiškinimo; BGHSt 22, 190; §211: BVerfGE 45, 187; ekstensyvaus aiškinimo pavyzdžius žr. BGHSt 27, 45 apie §259, BGHSt 28, 129 apie §142). Net ir ekstensyvaus aiškinimo atveju negali būti aiškinama plačiau negu leidžia žodžių prasmė ir reikšmė (plg. BVerfG NStZ 90, 394; BGHSt 29, 129, 133; 22, 235, apie žodžių prasmės aiškinimą remiantis kontekstu ir tokio aiškinimo pirmumą lyginant su gramatiniu žr. *Velten/Mertens*, ARSP 90, 516). Visa tai kritikuoja AK-*Hassemer*, §1, Nr. 104 ir t.t.; *Herzberg*, NJW 90, 2525.

Apie socialinį adekvatumą – veikos sudėtį ribojantį ir į baudžiamojo teisės pažeidimo rūšis nukreiptą įstatymų aiškinimo principą žr. OLG München NStZ 85, 549; *Hillenkamp*, Versatztat und Opferverhalten, 1981, S. 155; *Hirsch*. ZStW 74, 78; *Roxin* AT §10, Nr. 33 ir t.t.; Klug-Festschr., S. 303 ir tolesnės nuorodos.

58 Kartais aiškinimas baudžiamojoje teisėje remiasi kitų teisės šakų normomis ir ten esančiomis sąvokomis. Antai „daiktais“ (§242) yra laikomi tik materialų pavidalą turintys dalykai (kaip §90 BGB); tai, kad jie yra „svetimi“ baudžiamąją veiką darančiam asmeniui, nustatoma remiantis civilinės teisės nuostatomis apie nuosavybės įgijimą ir netekimą (§929 ir t.t. BGB; BGHSt 6, 377; *Wessels*, BT/2, Nr. 68, 69). Bet tai jokiu būdu nėra bendra taisyklė, o tik konkrečių atvejų ypatumas. Paprastai savo esme baudžiamosios teisės sąvokos yra savarankiškos ir aiškinant baudžiamuosius įstatymus būtina atsižvelgti tik į jų apsauginę funkciją, nekreipiant dėmesio į tai, kokią reikšmę vienas ar kitas baudžiamosios veikos požymių turi už baudžiamosios teisės ribų (plačiau apie tai žr. *Bruns*, JR 84, 133).

Pavyzdžiai: kalbant apie gyvybės apsaugą *žmogus* baudžiamosios teisės prasme – tai žmogaus vaisius nuo gimdymo pradžios, o esant normaliam gimdymui – nuo sąrėmių pradžios (BGHSt 31, 348; BGH NJW 84, 674) *Lüttger*, NStZ 83, 481; plg. Priešingai pagal §1BGB yra svarbu gimdymo pabaiga). Ar pagal §217 vaikas yra „nesantuokinis“, sprendžiama vadovaujantis jo faktine, t.y. kraujo kilme, neatsižvelgiant į BGB (§1591) esančias nuostatas (BGHSt 32, 140). Panaši padėtis yra ir su kitomis sąvokomis, pvz.,

valstybės teritorija – §3 (BGHSt 30, 1), miškų masyvas – §308 (BGHSt 31, 83) ar turtas – §253, 263, 266 (BGHJR 88, 125; *Wessels*, BT/2, Nr. 513 ir t.t.).

59 3. Jau mūsų nagrinėto pirmojo kazuso pagal §242 J nuosavybei priklausantys paukščiai K buvo „svetimas kilnojamasis turtas".

Kalbant apie nuosavybės apsaugą baudžiamojoje teisėje yra neabejotina, kad gyvūnai gali būti vadinami „turtu", kadangi jie turi savo šeimininką, ir jų kaip gyvų būtybių specifikos nulemtus specialius įstatymus dėl gyvūnų apsaugos (BGBl 1993 I 254) ir kitų ypatingų jų teisinio reglamentavimo nuostatų (plg. *Küper*, JZ 93, 425; *Wessels*, BT/2, Nr. 15).

Tačiau šioje situacijoje trūksta K veiksmų, kuriais turtas būtų pagrobtas. Pagal §242 pagrobimas – tai veiksmas, kai pasisavinamas svetimas daiktas ir jam atsiranda naujas valdymas. Valdymas – tai asmens, pasisavinusio daiktą, faktinis šeimininkavimas (*Wessels*, BT/2, Nr. 71). K panaikino ankstesnį daikto valdymą, bet naujo (nei savo, nei svetimo) nesukūrė, kadangi paukščius ji paleido į laisvę. Todėl už vagystę K pagal §242 negali būti baudžiama.

60 Kyla klausimas, ar paukščių paleidimas į laisvę gali būti vertinamas kaip „turto sunaikinimas" (§303).

Pagal daugumos nuomonę, šis atvejis vertinamas tik kaip nuosavybės atėmimas, už kurį negali būti baudžiama pagal BK (RGSt 20, 182, 185; LK-*Wolff*, §303, Nr. 15; *Sch-Sch-Stree*, §303, Nr. 8, 10). Mažumos nuomone, kiekvienas panašus veiksmas gali būti traktuojamas kaip svetimo turto sugadinimas ar sunaikinimas (*Kohlrausch Lange*, 43; Aufl., §303 III; *Maurach*, BT 5. Aufl., S. 192).

Tiesiogine prasme pagal §303 nereikalaujama, kad daiktas būtų sugadintas (RGSt 74, 14; BGHSt 13, 207; 29, 129). Tačiau jau mūsų minėta mažumos nuomonė, pagal kurią nereikalaujama, kad vykdytojas tiesiogiai ar netiesiogiai veiktų daiktą, peržengia įstatymo žodžių prasmės ekstensyvaus aiškumo ribas.

Todėl vyrauja nuomonė, jog K savo veiksmais turto nesugadino (§303). Pagal minėtas baudžiamosios teisės nuostatas analogijos uždraudimas (Konstitucijos 103 str. II, BK §1) K apsaugo nuo bausmės. Šiuo atveju J gali siekti savo interesus ginti civilinės teisės priemonėmis (BGB §823, 249).

61 Apie visa tai konkrečiai Naucke, Strafrecht §2. Kiti pavyzdžiai, susiję su ginčytinomis nuostatomis: §248 b esanti sąvoka „paėmimas pasinaudoti" apima tik automobilio kaip transporto priemonės panaudojimą pagal jo tiesioginę paskirtį. Todėl asmens veika negali būti vertinama pagal §248 kaip automobilio paėmimas pasinaudoti, jeigu svetimame automobilyje nakvojama be savininko leidimo (BGHSt 11, 44 ir 47; *Wessels*, BT/2 Nr. 385). Pagal Vokietijos Federacinio teismo sprendimą vieno inksto praradimas negali būti vertinamas pagal §224 (pavojingas gyvybei kūno sužalojimas), nes vidaus organų negalima laikyti žmogaus kūno „galūnėmis" (BGHSt 28, 100); kita nuomonė – OLG Neustat NJW 61, 2076; *Ebert*, JA 79, 278; *Wessels*, BT/1, Nr. 271). Kai kurias baudžiamąsias veikas apibūdinantis požymis „atėmimas galimybės priešintis" praranda savo prasmę ir negali būti svarstytinas, kai kalbama apie aštuonių mėnesių amžiaus kūdikį. Kadangi toks kūdikis nėra pakankamai fiziškai ir dvasiškai išsivystęs (BGHSt 30, 14).

III. Vokietijos baudžiamosios teisės galiojimo ribos

62 1. Vokietijos materialinės baudžiamosios teisės galiojimas užsienyje padarytų veikų atžvilgiu reglamentuojamas BK §3-7, 9. Kitaip nei baudžiamojoje teisėje, tarptautinėje privatinėje teisėje, remiantis įstatymo dėl Civilinio kodekso įsigaliojimo 3 str., kiekvienu konkrečiu atveju sprendžiama, kokios šalies nacionaline teise turi būti vadovaujamasi. BK 3 ir kt. paragrafuose numatyta, kad Vokietijos teismai savo įgaliojimus visada vykdo vadovaudamiesi Vokietijos teise. Tarptautinės teisės taisyklės numato, ar plačiai valstybė gali naudotis baudžiamosios teisės priemonėmis. Šios taisyklės – tai teisėtumo pagrindas (BGHSt 27, 30; 34, 334) ir tradiciškai jos yra vadinamos tarptautinės baudžiamosios teisės principais.

63 Šiuo atveju atsižvelgiama į tokius pagrindinius kriterijus: veikos padarymo vieta (= teritorinis principas), nusikaltėlio arba nukentėjusiojo pilietybė (= aktyvios ar pasyvios asmenybės principas), valstybės viduje nustatytų teisinių gėrių apsauga (= apsaugos principas) ar universalaus pobūdžio interesų apsauga (= universalus teisės principas), be to, remiamasi baudžiamųjų įstatymų laikymosi principu. Tarptautinėje baudžiamojoje teisėje paprastai randame įvairių šių kriterijų derinių (kaip ir BK §3 ir kt. paragrafuose). Plačiau apie tai *Oehler*, Internationales Strafrecht, S. 123 ir t.t.

64 a) Pagal teritorinį principą (baudžiamosios teisės galiojimas erdvėje) valstybė baudžiamosios teisės normas gali pritaikyti už visas baudžiamąsias veikas, padarytas jos teritorijoje, nepriklausomai nuo to, kas yra vykdytojas ir kas – nukentėjusysis. Šis visuotinai pripažintas ir tarptautinėje baudžiamojoje teisėje vyraujantis principas remiasi pagrįsta nuostata, jog kiekvienas privalo laikytis tos valstybės, kurioje gyvena, įstatymų.

Nuo 1975-01-01 BK vėl yra įtvirtintas teritorinis principas (atsisakius nuo 1940 m. galiojusio aktyvios asmenybės principo[1]). Pagal BK §3 Vokietijos baudžiamoji teisė galioja visoms veikoms, padarytoms valstybės teritorijoje. Nei į nusikaltėlio, nei į nukentėjusiojo pilietybę neatsižvelgiama.

65 Nustatant veikos padarymo vietą vadovaujamasi §9 įtvirtinta taisykle, kuri dėl savo neapibrėžtumo kelia tam tikrų abejonių. Pagal šią taisyklę veikos padarymo vieta yra ta, kurioje vykdytojas (arba bendravykdytojis; BGHSt 39, 88) atliko veiksmus, o neveikimo atveju – privalėjo ir galėjo veikti; arba ta vieta, kurioje atsirado ar, vykdytojo supratimu, turėjo atsirasti veikos sudėtyje numatyti padariniai (§9 I). Bendrininkų veikos padarymo vieta yra ta, kurioje veika buvo atlikta, ir ta vieta, kurioje bendrininkas atliko veiksmus, o neveikimo atveju – privalėjo veikti arba ta vieta, kur, jo supratimu, turėjo būti padaryta pagrindinė veika (§9 II 1). Jeigu bendrininkas, veikdamas Vokietijos teritorijoje, dalyvavo darant veiką užsienyje, tai Vokietijos baudžiamoji teisė bendrininkui taikoma nepriklausomai nuo to, ar už padarytą veiką yra baudžiama toje šalyje, kurioje ta veika padaryta (§9 II 2; kritiškai dėl to *Jung* JZ 79, 325; *Oehler*, S. 266 ir t.t.).

---

[1] Šis principas reiškia, kad baudžiamojon atsakomybėn asmuo traukiamas nepriklausomai nuo teritorijos, kurioje buvo padarytas nusikaltimas (*red. pastaba*).

66 Tiriant veikos aplinkybes išsiaiškinus, kad konkrečiu atveju taikoma Vokietijos baudžiamoji teisė, gali iškilti klausimas (tam tikrais atvejais itin aktualus), ar baudžiamosios veikos sudėtis (pvz., §170 b) apima ir užsienio valstybių gėrių apsaugą, ar tik Vokietijos (plg. *Lüttger*, Jescheck-Festschr. S. 121; *Schlüchter*, Oehler-Festschr., S. 307).

Pvz., jei šalyje gyvenantis užsienietis nevykdo įsipareigojimo išlaikyti užsienyje gyvenančio savo tautiečio, Vokietijos teisinis gėris nėra pažeidžiamas ir §170 b nėra taikytinas, nes ši norma nesaugo užsienyje esančių socialinių įstaigų nuo Vokietijoje padarytų veikų (BGHSt 29, 85 *Oehler*, JR 80, 381). Bet jeigu turėtų būti išlaikomas užsienyje gyvenantis Vokietijos pilietis, yra taikomas §176 b (plg. KG JR 85, 516; *Sch-Sch-Lenckner*, §170 b, Nr. 1a).

67 b) Su teritoriniu principu glaudžiai susiję̨s vėliavos principas. Remiantis šiuo principu kiekviena valstybė savo baudžiamąją teisę gali taikyti veikoms, padarytoms laivuose, plaukiojančiuose su šios valstybės vėliava, ir lėktuvuose, pažymėtuose šios valstybės simbolika (šiuo atveju neatsižvelgiama į veikos padarymo vietos teisę).

Šį principą Vokietijos baudžiamoji teisė yra įtvirtinusi §4.

68 c) Pagal aktyvios asmenybės principą valstybė savo piliečius gali persekioti dėl užsienyje padarytų veikų. Šis principas (paplitęs pirmykštėje bendruomeninėje teisėje) yra pagrįstas kiekvieno piliečio pareigomis laikytis tėvynėje įprastos tvarkos ir paklusti savo valstybei.

Vokietijos baudžiamojoje teisėje šis principas galiojo 1940–1974 metais. Šiuo metu jis yra smarkiai apribotas ir taikomas tik pagal §7 II Nr. 1, §5 Nr. 8 ir 9.

69 d) Apsaugos principas baudžiamojo pobūdžio prievartos priemones leidžia taikyti už užsienyje atliktas veikas, kurios pažeidžia valstybės teisinius gėrius.

Šiuo valstybei būdingų teisinių gėrių apsaugos principu remiasi BK §5, Nr. 1-5, Nr. 10-14 įtvirtintos taisyklės; §5 Nr. 6-8 ir §7 I remiasi individualios apsaugos principu.

70 e) Universalios teisės (= universalumo) principas leidžia persekioti asmenis už užsienyje padarytas veikas, kuriomis pažeidžiamos bendrosios vertybės. Jas saugoti – bendras visų valstybių interesas.

Taikant §6 yra atsižvelgiama į jame nurodytus atvejus (kova su nusikatimais, susijusiais su atomine energija ir sprogstamosiomis medžiagomis, kova su orlaivio užgrobimais, neteisėta narkotinių medžiagų apyvarta, prekyba žmonėmis, netikrų pinigų gaminimu). Plačiau apie tai NGHSt 34, 334.

71 f) Taisyklės pagal §5 ir §6 bei numatančios galimybę persekioti už užsienyje padarytas veikas toliau yra detalizuojamos §7. Čia sujungiami keli kriterijai.

Pagal šias taisykles Vokietijos baudžiamoji teisė taikoma užsienyje padarytoms veikoms, nukreiptoms prieš Vokietijos piliečius (§7 I = pasyvios asmenybės ir apsaugos principai). Tai galioja ir tuo atveju, jei nusikaltėlis veikos padarymo metu buvo tos šalies pilietis ar juo tapo po šios veikos padarymo (§7 II Nr. 1 = apribotu aktyviu asmenybės principu ir Konstitucijos str. 16 II 1 įtvirtintas draudimas išduoti piliečius). Vokietijos baudžiamoji teisė taikoma ir tada, kai veiką padarė užsienietis, būdamas užsienyje, bet

po to jis buvo sulaikytas Vokietijoje ir pagal §7 II Nr. 2 negali būti išduotas (= pavaduojančiosios teisės principas).

Šis principas garantuoja, kad pabėgęs nusikaltėlis neliktų nenubaustas vien dėl to, kad toje šalyje, į kurią jis pabėga, nėra tam tikrų įstatymų. *Pavyzdys*. Nigerijos pilietis Libanui priklausančiame tanklaivyje nuduria pilietybės neturintį jūreivį. Hamburgo uoste Nigerijos piliečiui pavyksta pabėgti. Jį sučiumpa Vokietijos teisėsaugos pareigūnai, bet jokia valstybė neprašo jo išduoti. §7 II Nr. 2 suteikia galimybę nusikaltėlį nubausti bausme, kurios jis nusipelnė (žr. BGH NStz 91, 525).

72 Visais §7 išvardytais atvejais būtina nustatyti, kad veika pagal jos padarymo vietą yra baudžiama arba veikos padarymo vieta baudžiamosios teisės požiūriu yra vadinamoji niekieno žemė. Šis reikalavimas turi apsaugoti, kad baudžiamojo poveikio priemonės nebūtų taikomos tais atvejais, kai užsienio valstybėje už tokią veiką nėra numatyta baudžiamoji atsakomybė.

Nebūtina, kad užsienio ir vokiečių baudžiamosios nuostatos dėl veikos sudėties būtų visiškai identiškos. Bet nepakanka ir to, kad pagal šalies, kurioje padaryta veika, įstatymus ta veika tėra laikoma pinigine bauda baudžiamu administracinės teisės pažeidimu, jei pagal Vokietijos teisę ši veika pripažįstama baudžiamuoju nusižengimu. (Pvz., neatsargus eismo saugumo taisyklių pažeidimas §315 c I Nr. 2 b, III prasme; BGHSt 27, 5; BayObLG JR 82, 159). Kaltinamojo naudai turi būti atsižvelgiama į atsakomybę ir kaltę šalinančius užsienio teisėje numatytus pagrindus, jeigu jie neprieštarauja teisinės valstybės ir visuotinai pripažintiems teisės principams (plg. BGHSt 39, 1, 15). Šios nuostatos taikomos sprendžiant klausimą dėl kliūčių baudžiamajam persekiojimui pagal veikos padarymo vietos teisę (pvz., senaties terminai ar amnestija) žr. *Eser*, JZ 93, 875.

73 2. Vokietijos baudžiamosios teisės galiojimo apžvalga:

A. Veikos, padarytos valstybės teritorijoje

Teritorinis principas (§3) galioja kartu su vėliavos principu (§4) ir veikos padarymo ar padarinių atsiradimo vietos principu (§9), kurio plačiausias aiškinimas dažnai leidžia manyti, kad veika padaryta valstybės teritorijoje.

B. Užsienyje padarytos veikos

1. Specialiosios taisyklės, kai neatsižvelgiama į teisę, galiojančią veikos padarymo vietoje:

a) užsienyje padarytos veikos, kuriomis kėsinamasi į valstybės saugumo vidinį teisinį gėrį (§5, apsaugos principas);

b) užsienyje padarytos veikos, kuriomis kėsinamasi į tarptautiniu mastu saugomus teisinius gėrius (§6, universalus principas).

2. Bendrojo pobūdžio papildomos taisyklės, kai atsižvelgiama į teisę, galiojančią veikos padarymo vietoje:

a) veikos, nukreiptos prieš Vokietijos piliečius (§7 I, apsaugos principas ir pasyvios asmenybės principas);

b) veikos, kurias padarė Vokietijos pilietis ar asmuo, kuris Vokietijos piliečiu tapo tik po veikos padarymo (§7 II Nr. 1; apribotas aktyvios asmenybės principas, susijęs su Konstitucijos §16 II);

c) veikos, kurias padarė valstybės teritorijoje sulaikytas užsienietis, negalįs būti išduotas (§7 II Nr. 2; atstovaujančiosios teisės principas).

74 3. Po Antrojo pasaulinio karo padalijus Vokietiją, nuo aštuntojo dešimtmečio egzistavo nuomonė, jog Vokietijos Federacinės Respublikos santykiams su tuometine VDR turi būti taikomi §3 ir tolesni paragrafai (plg. BGHSt 30, 1; BGH NJW 78, 113; *Jescheck*, AT §20 III 2; tiesiogiai už šių nuostatų taikymą pasisakė ir *Krey*, JR 80, 45 ir 85, 399). Bet daugumas vadovavosi valstybinės ir tarptautinės teisės nuostatomis dėl valstybės teritorijos sampratos, kuri taikytina tik Federacinei Respublikai ir Vakarų Berlynui. Šioje baudžiamosios teisės taikymo galimybes ribojančioje valstybės teritorijos sampratoje atsižvelgiama į tai, jog abi vokiečių valstybės savo teritorijose palaikė valdžią ir tvarką.

Kalbant apie vykdytojus ir bendrininkus, pagal §3 vokiečiais laikomi tik VFR ir Vakarų Berlyno piliečiai, o su VDR piliečiais buvo elgiamasi kaip su užsieniečiais ir tam tikra prasme tai jiems buvo naudingiau. Buvo atsižvelgiama į tai, kad VDR piliečiai turėjo paklusti savo valstybės valdžiai ir įstatymams, todėl nebuvo galima reikalauti, kad jie laikytųsi ir VFR įstatymuose įtvirtintų pareigų.

Taip ir nebuvo išspręstas ginčas, kaip ir kokiomis aplinkybėmis VDR piliečiai, kuriems buvo padaryta pažeidimų, gali naudotis priemonėmis, numatytomis VFR baudžiamojoje teisėje vokiečiams, nukentėjusiems nuo pagal baudžiamąją teisę baudžiamųjų veikų (apie tai žr. BGHSt 30, 1; 40, 125; *Bath* Jura 85, 197; *Kilian*, NJW 83, 2305; taip pat šios knygos 19-ojo leidimo §2 III 3).

75 VDR prisijungus prie VFR, pagal Konstitucijos 23 str. buvusi VDR tapo VFR dalimi. Nuo 1990-10-03 VFR baudžiamoji teisė taikoma ir prisijungusiose teritorijose, jeigu 1990-08-31 Vokietijos susivienijimo sutartyje (BGBl 1990 II 885, 889) nėra numatyta kitaip ir jeigu toje sutartyje numatytos išlygos dar neprarado galios.

Išimtys buvo padarytos dėl §5 Nr. 9, §144, 175, 182, 218–219 d, 236, kuriuose yra nustatytos normos dėl prevencinio įkalinimo, taip pat dėl 5-ojo baudžiamosios teisės reformos įstatymo (plg. Susivienijimo sutarties 8 str. I priedo 3 sk. c dalį). Prisijungusioje teritorijoje galiojo ar vis dar galioja kai kurios buvusios baudžiamosios teisės nuostatos. Pagal susivienijimo sutarties 9 str. II ir šios sutarties II priedą (III sk. c dalis) iš VDR BK yra taikomas ir §84 (dėl senaties terminų netaikymo karo nusikaltėliams), taip pat 1990-06-29 6-ojo baudžiamosios teisės pakeitimo įstatymo §8–10 (GBl 1990 I 526). (Apie dabartinę teisinę situaciją žr. *D-Tröndle*, Nr. 29 ir t.t. prieš §3.)

76 Taigi iki visiško teisės suvienodėjimo Vokietijos teritorijoje atsirado dvi teisinės erdvės. Jeigu susivienijimo sutartyje nėra nustatyta kitaip, tai pereinamuoju laikotarpiu iškilus klausimui, kokia teise reikia remtis konkrečiu atveju, vadovaujamasi bendraisiais baudžiamosios teisės principais. Teismas, nagrinėdamas bylą, turi vadovautis taisyklėmis, kurios veikos padarymo metu galiojo veikos padarymo vietoje (= veikos padarymo vietos principas), jeigu tų taisyklių taikymas neprieštarauja

teisinės valstybės principams (plg. D-*Tröndle*, Nr. 33 prie §3; NK-*Lemke*, Nr. 59 ir t.t. prieš §3).

VDR teisė bausti už jos piliečių veikas, padarytas iki 1990-10-03, VDR susivienijus su VFR (Konstitucijos 23 str.) perėjo pastarajai kaip VDR teisių perėmėjai nepriklausomai nuo to, koks teisinis gėris buvo pažeistas darant šias veikas – individualus ar visuotinis, būdingas teisinei valstybei (BGHSt 39, 317; 40, 48 ir t.t., 59). Remiantis BK įsigaliojimo įstatymo 315 str. I nuoroda į BK §2 galima teigti, kad padarius tokias „senas veikas" turi būti taikoma VDR teisė, jeigu VFR baudžiamoji teisė nenumato švelnesnės sankcijos (BK §2 III). Šią bendrą taisyklę riboja BK įsigaliojimo įstatymo 315 str. IV (šio straipsnio I d. netaikoma tuo atveju, kai dar iki susijungimo galiojo VFR teisė). Pvz., kai pagal BK §7 Nr. 1 antrą alternatyvą galvoje turimi VDR piliečiai, dar prieš VDR susijungimą su VFR persikėlę į VFR (BGHSt 39, 317, 319). Šios taisyklės užtikrina tai, kad BK įsigaliojimo įstatymo 315 str. I dalyje numatytais atvejais pagal BK §2 III pirmenybė teikiama švelnesniam įstatymui; kraštutinė švelninimo riba – visiškas veikos baudžiamumo panaikinimas (kokia teisė įgalioja teisti švelniau, žr. BGHSt 37, 320; 38, 18; *Schroeder* past. JR 91, 335).

77 Jeigu Vokietijos baudžiamoji teisė apima ir veikas, padarytas užsienyje po 1990-10-03, o įvairiose Vokietijos vietovėse gali būti taikomos skirtingos baudžiamosios teisės nuostatos, tai pagal BK įsigaliojimo įstatymo 16 str. turi būti remiamasi nuostatomis tos valstybės vietovės, kurioje kaltinamasis gyvena (= gyvenamosios vietos principas).

78 Daug baudžiamosios teisės problemų, atsiradusių atkūrus vieningą Vokietiją, vis dar neišspręsta. Todėl būtina labai atidžiai sekti teisinę praktiką ir literatūrą. Žr. Literatūros nuorodas D-*Tröndle*, Nr. 28 prieš §3, taip pat žr.:

a) dėl VDR slaptųjų tarnybų tarnautojų baudžiamojo persekiojimo galimybių (BGHSt 39, 260; 37, 305; BVerfG EuGRZ 1995, 203);

b) dėl VDR pasieniečių, nušovusių žmones prie Berlyno sienos, taip pat dėl asmenų, davusių įsakymą šaudyti, baudžiamumo (BGHSt 39, 1, 168 ir 353; 40, 48 ir 113; 40, 218 su past. *Roxin*, JZ 95, 49; BGHSt 40, 241 su past. *Amelung*, NStZ 95, 29);

c) dėl bausmės už rinkimų klastojimus, padarytus VDR (BVerfG NStZ 93, 432; BGHSt 39, 54; BGH NStZ 95, 126);

d) dėl neteisėtų teismo nuosprendžių ir sprendimų priėmimo VDR (BGHSt 40, 30 ir 169; BGH NStZ 95, 31; *Bemmann* JZ 95, 123; *Maiwald*, NJW 93, 1881; *Roggemann*, JZ 94, 769);

e) dėl VDR vykdyto politinio persekiojimo BK §241 a prasme (BGHSt 40, 125);

f) 1993-03-26 įstatymas dėl suėjusių senaties terminų už SED neteisėtas veikas (BGBl I 392) nuo 1949-10-11 iki 1990-10-02, taip pat 1993-09-27 II įstatymas dėl senaties terminų (BGBl I 1657); plačiau *Letzgus*, NStZ 94, 57.

79 4. Baudžiamajame procese svarbu tai, kad BPK §153 c bylose, išnagrinėtose užsienyje, smarkiai apribojama baudžiamojo persekiojimo būtinybė. *Ne bis in idem* principas (Konstitucijos 103 str. III), draudžiantis VFR teismams du kartus teisti už tą pačią veiką, apsaugo užsienyje teistą vokietį nuo pakartotinio teisimo savo valstybėje (apie tai žr. BPK §153 c I Nr. 3 StPO).

Tačiau tokiais atvejais pagal BK §51 III užsienyje paskirta ir įvykdyta bausmė ar kitoks laisvės apribojimas turi būti įskaitomi į šalies viduje paskirtą bausmę (plačiau BGHSt 29, 63).

§3. ŽMOGUS KAIP TEISĖS SUBJEKTAS. MOKYMAS APIE VEIKĄ BAUDŽIAMOJOJE TEISĖJE

80 Trečiasis atvejis. A ir B slampinėja po mugę. Netoli H prekystalio B, kalbėdamas su A, pastarajam netyčia suduoda stiproką smūgį į krūtinę. A užgriūva ant H išdėliotų keraminių vazų. Sudūžta daugiau kaip pusė vazų. B pabėga, o A sulaiko H pakviesti policijos pareigūnai.

Ar A padarė baudžiamąją veiką?

I. Žmogaus elgesys kaip baudžiamosios veikos pagrindas

81 Šiuo atveju yra klausiama (tik) apie A baudžiamumą, nes dėl jo elgesio sudužo keraminės vazos.

Bet kuris baudžiamasis teisinis nagrinėjimas pradedamas klausimu, ar konkretus įvykis turi baudžiamosios veikos požymių, ir ar jis buvo nulemtas asmens „laisvos valios". Teisinio poelgio esmė yra ta, kad jį daro žmogus, kaip teisės subjektas; su žmogaus elgesiu siejamos baudžiamosiose nuostatose įtvirtintos teisės normos. Už baudžiamosios veikos sudėties realizavimą įstatymų leidėjas nustato bausmes, kurios išreiškia arba tam tikrus draudimus, arba įpareigojimus. Šiais draudimais arba įpareigojimais siekiama asmenį, kuriam jie skirti, priversti elgtis taip, kaip to reikalauja normos (= nustatomosios normos), ir normų pažeidimus vertinti teisės atžvilgiu (= vertinamosios normos).

Taip §212 esanti draudžiamoji norma nurodo „Tu negali žudyti!", §242 – „Tu negali vogti!"

§323 c pagrindu yra įpareigojamoji norma – „Nelaimių ir visuotinio pavojaus atveju tu privalai pagal galimybes padėti!"

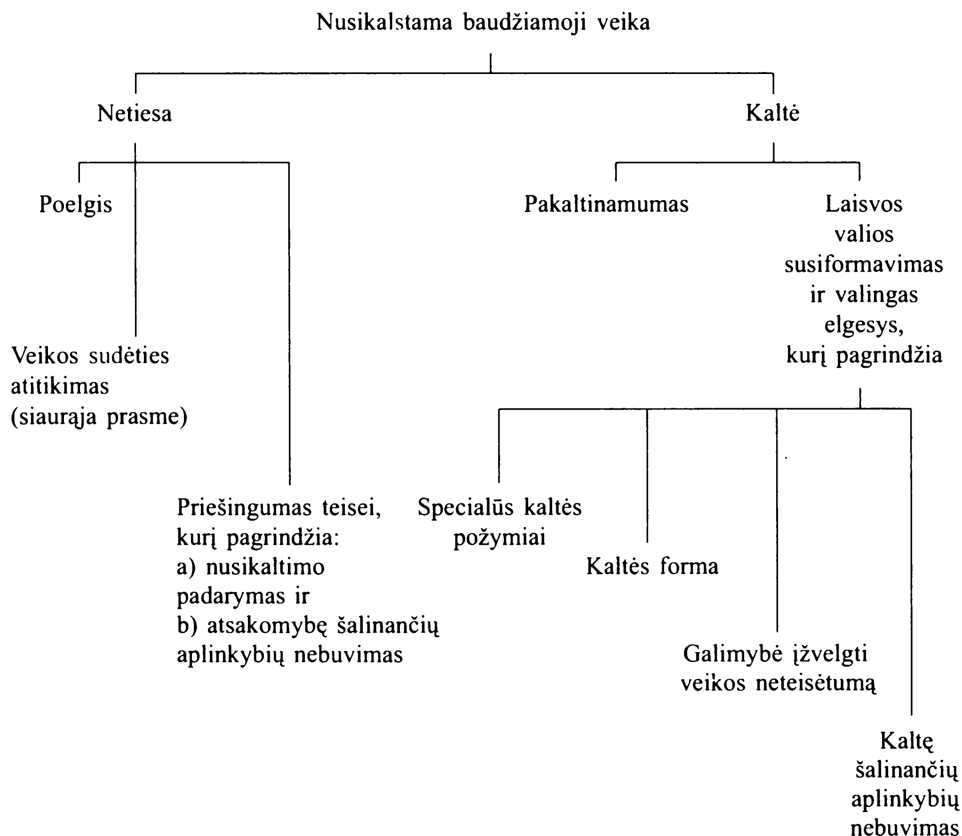
Civilinėje teisėje normas pažeidžiantys įvykiai siejami su atsiradusia teisei priešinga padėtimi (= padėties taisyklės), o baudžiamojoje teisėje pirmiausia nustatoma, koks elgesys yra socialiai žalingas (= elgesio taisyklės).

82 Baudžiamosios teisės esmė – žmogaus elgesys, sukeliantis socialiai žalingų padarinių. Teisinis atsakomybės pagrindas – tai neteisėta veika; nuo jos metodiškai turi prasidėti bet koks tyrimas. Be veikos nėra „nusikaltėlio", be „netiesos" – nėra „kaltės". Tik įvertinus veiką galima spręsti apie asmens kaltę.

Gali būti, kad iš pradžių A elgesyje esama §303 numatytos veikos sudėties. Bet, prieš pradėdami tikrinti atskirus baudžiamosios veikos sudėties požymius ir įvykio aplinkybes

lyginti su įstatymu, turime suprasti, kad sisteminiu pagrindu atliekamą baudžiamąjį teisinį nagrinėjimą turi sudaryti keli įvertinimo etapai.

83 „Baudžiamoji veika" – tai baudžiamosios veikos sudėtį atitinkantis priešingas teisei ir kaltas veiksmas. Atsižvelgiant į priešingumo teisei, kaltumo ir baudžiamąją veiką atitinkančios veikos sudėties santykį galima nurodyti tokį pagrindinį baudžiamosios teisės pažeidimo sandaros modelį:



84 Ši schema pagrįsta tokia logika: bausmė galima tik esant kaltei (BGHSt 2, 194, BVerfGE 9, 167; 20, 323; 25, 269; 50, 125). Kalta gali būti tik teisei priešinga veika. Gali būti tikrinamas tik veikos sudėtyje aprašytų veiksmų priešingumas teisei arba jų teisėtumas. Apie tam tikrai baudžiamosios teisės pažeidimo rūšiai priklausančios veikos sudėties buvimą gali būti kalbama tik tuo atveju, jei tam tikras poelgis vertinamas baudžiamosios teisės požiūriu. Esant tokiems vertinimo etapams, kai tarp jų nėra griežtų ribų, poelgis yra jungiamoji grandis, pereinanti visas teisinio nagrinėjimo ir tikrinimo stadijas (taip vadinama poelgio sąvokos jungiamoji funkcija, plg. Nr. 800, 801 ir t.t.).

Todėl A griuvimą ant H vazų pirmiausia būtina vertinti kaip poelgį.

II. Poelgio sąvoka baudžiamojoje teisėje

85 1. Nėra vieningos nuomonės, kokie požymiai baudžiamojoje teisėje būdingi poelgio sąvokai. Labiausiai nuomonės išsiskiria sprendžiant klausimą, ar poelgio sąvoka turėtų būti suprantama tik kaip būties kategorija (= ontologinė poelgio sąvoka), ar ir kaip teisės kategorija (= teisinė poelgio sąvoka), ir ar svarbus poelgio valingumas vertinant jį kaip baudžiamąjį teisės pažeidimą.

86 Kai kas abejoja, ar iš viso įmanoma rasti bendrą sąvoką, apimančią veikimo ir neveikimo kategorijas. Šios nuomonės šalininkai teigia, kad pakanka numatyti minimalias poelgio prielaidas, galinčias padėti atskirti negatyvią funkciją ir nuo žmogaus valios nepriklausančius kūno judesius, kuriuos galima laikyti poelgiu (*Bockelmann-Volk*, AT S. 72; *Gallas*, ZStW 67, 1, 14; *Sch-Sch-Lenckner*, Nr. 37 prieš §13).

Su šia nuomone negalima sutikti, nes žmogaus elgesys – tai bendra sąvoka, apimanti ir veikimą, ir neveikimą. Vien negatyviosios poelgio teorijos, kalbant apie veikos sudėtį ir netiesą, nepakanka, kadangi ši teorija nesuteikia išsamios informacijos, ką reiškia pats poelgis ir kokią prasmę poelgio sąvoka turi baudžiamojoje teisėje (tiksliau apie tai *Arthur Kaufmann*, H.Mayer-Festschr., S. 79, 81; *Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik S. 21).

87 Nepriimtina ir kita negatyviosios poelgio teorijos forma, pagal kurią baudžiamojoje teisėje kaip pagrindinė kategorija suvokiamas ne veikimas, o neveikimas. Pagal šią teoriją žmogaus elgesys būtų „siūlytinų poelgių nedarymas" arba veiksmų, kurie padėtų išvengti pavojaus veikos sudėtį atitinkančioje situacijoje, „nedarymas" (Behrendt, Die Unterlassung im Strafrecht, 1979, S. 95, 130, 143 ir t.t.), arba „išvengtinas neišvengiamumas, turint pareigą atitinkamai veikti" (*Herzberg*, JZ 88, 573). Toks požiūris suteikia vertingų išvadų apie žmogaus elgesio struktūrą ir eigą, bet mažai kreipia dėmesio į realias elgesio pasireiškimo formas ir neatspindi įstatyme nustatyto skirtumo tarp baudžiamųjų veikų, padarytų veikimu ir neveikimu (plačiau *Brammsen*, JZ 89, 71; LK-*Jescheck* , Nr. 31 prieš §13; *Sch-Sch-Lenckner*, Nr. 36 prieš §13).

88 Moksliniuose ginčuose apie bendrąją poelgio sąvoką daug svarbesnės kitos trys teorijos:

89 a) seniausia natūrali žmogaus poelgių priežastingumo teorija. Ši teorija poelgius apibūdina kaip priežasčių seką, kurioje lemiamą reikšmę turi valingi kūno judesiai, paveikiantys išorinį pasaulį, o įvykio socialinė prasmė yra visai nesvarbu. Taigi „poelgis" – tai valingas kūno judesys (*Beling*) arba „nuo žmogaus valios priklausantis išorinio pasaulio pakeitimas ar poveikio jam padarymas" (*Liszt*).

Pagal šią teoriją poelgis skaidomas į jo išorinio pasireiškimo formą (= objekto pažeidimas) ir vykdytojo psichinį santykį su padariniais (= valios turinys). Šis poelgio skaidymas ilgą laiką buvo laikomas klasikinės nusikaltimo sistemos suvokimo pagrindu. Pagal šią sistemą visa, kas turėjo objektyvias priežastis, buvo suvokiama kaip netiesa, o visa, kas subjektyvu, – kaip kaltė.

Tačiau šiandien šia beprasme poelgio sąvoka nereikėtų vadovautis, nes pats Belingas ją taikliai vadina „bekraujų vaiduokliu".

90 b) Pagal finalinę poelgio teoriją (*Welzel*, *Maurach*, *Armin Kaufmann*, *Hirsch*, *Rudolphi*, *Stratenwerth* ir kt.) poelgis – tai veikos, skirtos tam tikram tikslui pasiekti atliki-

mas, o ne vien priežasčių nulemtas elgesys. Poelgio susiejimas su jo pabaiga pagrįstas žmogaus sugebėjimu iki tam tikros ribos numatyti galimus elgesio padarinius, kelti sau įvairių tikslų ir savo elgesiu nuosekliai siekti numatyto tikslo. Todėl finalinis elgesys yra sąmoningas, tam tikro tikslo nulemtas poelgis: priežasties, lemiančios įvykį, suvokimas kaip „finalinio veiksmo stuburas“ (*Welzel*, Lb, S. 34).

Čia elgesio finališkumas suprantamas kitaip negu valingumas priežastingumo koncepcijoje. Valingas elgesys priklauso nuo bet kokios valios pasireiškimo atvejo.

Taigi priežastingumo teorijos atstovams pakanka nustatyti, jog buvo veikiama valingai, o į tai, ko buvo siekiama veikiant, turi būti atsižvelgta tik kalbant apie kaltę (plg. *Mezger*, Lb §14 III; *Baumann-Weber*, AT §16 II 1, 2). Finalinėje teorijoje priešingai – žmogaus elgesį bandoma apibrėžti kaip konkretų ir turiningą (pvz., veiksmai žudant, pasisavinant, sugadinant daiktus; plg. *Welzel*, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl. 1961, S. 3).

Medicinos sesuo, kuri nežinodama suleidžia per stiprią ir todėl mirtiną morfijaus dozę (*Welzelio* pavyzdys), atlieka finalinę injekciją, bet ne „finalinį nužudymo veiksmą“. Mirtis, kaip nepageidaujamas padarinys, priežastingumo požiūriu yra be priežasties, kilęs dėl finalinės injekcijos. Finališkumas „mato“, o priežastingumas yra „aklas“ (*Welzel*, Lb S. 33).

Finalinė teorija, remdamasi ontologiškai pagrįstomis veiksmo struktūromis, siekia išspręsti baudžiamumo problemą (instruktyviai *Welzel*, JuS 66, 421; NJW 68, 425; apibendrinimus žr. *Küpper*, Strafrechtsdogmatik, S. 44 ir t.t.).

Priešininkų kritika šiandien yra nukreipta ne tiek į finalinį poelgio pobūdį, kiek į daugumos šios teorijos šalininkų palaikomą tezę, jog įstatymų leidėjas yra susaistytas ikiteisinių poelgio finalinių struktūrų, todėl teisės srityje jis negali numatyti jokių išimčių. Kartais šios kritikos pagrįstumą pripažįsta ir finalinės teorijos šalininkai (žr. *Jakobs*, AT 6/12 ir t.t., pagal kurį ne finalinė poelgio sąvoka, o priežastingumo teorija yra sistemos sandaros pagrindas. Jo nuomone, poelgis nulemia negatyvių individualių padarinių atsiradimą; AT 6/8, 27, 32).

91 c) Socialinė poelgio teorija (*Eb. Schmidt, Engisch, Jescheck, Kienapfel, Maihofer, R.Lange, Oehler, E.A. Wolff, jai artimi Dontasch ir Arthur Kaufmann*) visose elgesio formose išskiria bendrą socialiai svarbų poelgio sąvokos kriterijų, apimantį žmogaus veikimą arba neveikimą. Ši teorija elgesį apibrėžia kaip prasmingą, socialinės tikrovės nulemtą faktą su visais asmeniniais, finaliniais, priežastiniais ir norminiais aspektais (plačiau žr. *Bloy*, ZStW 90, 609).

Priklausomai nuo šios teorijos pakraipos į pirmą vietą iškeliama arba objektyvioji poelgio pusė (*Engisch, Maihofer, Eb. Schmidt*), arba subjektyvus tam tikrų tikslų siekimas, arba asmeninės poelgio struktūros (*Arthur Kaufmann*).

Atitinkamai ir poelgis yra suvokiamas kaip

– „valingas objektyviai siektinų ir socialiai svarbių padarinių sukėlimas“ (*Engisch*, Festschr. für Kohlrausch, 1944, S. 141, 164);

– „objektyviai nuo žmogaus priklausantis elgesys, skirtas padariniams, kuriuos objektyviai galima numatyti“ (*Maihofer*, Eb.Schmidt-Festschr., S. 156, 178);

– „valingas elgesys, kuriuo daromas poveikis kitiems žmonėms ir kuris pagal norminius aspektus yra socialiai prasmingas" (*Eb.Schmidt*, JZ 56, 190 ir Engisch-Festschr., S. 139, 151 ir AT §23 IV);

– „prasmingas tikrovės apipavidalinimas nuo žmogaus valios priklausančiais priežastiniais dariniais" (*Arthur Kaufmann*, H. Mayer-Festschr., S. 79, 116).

92 2. Kritiškai vertinant visas nuomones, pirmiausiai reikėtų nuspręsti, kuri iš teorijų poelgio sąvoką padaro tokią funkcionalią, kad ji galėtų būti naudojama kaip bendrinė visoms baudžiamosios teisės požiūriu svarbioms elgesio pasireiškimo formoms, ir padėtų atsiriboti nuo tų elgesio variantų, kurie negali būti laikomi „valingais", kartu ir specifiškai žmogiškais (= poelgio kaip pagrindo sąvokos ir poelgio sąvokos atribojanti funkcija).

a) Nuo kitų gyvų būtybių žmogus skiriasi tuo, kad turi vertybėmis pagrįstą pasaulio vaizdą ir galimybę kūrybinga veikla prasmingai keisti savo aplinką.

Vien tik priežastingumu pagrįstos poelgio teorijos yra atmestinos dėl jų nepajėgumo teisingai nusakyti žmogaus veiklos asmeninę ir socialinę svarbą.

b) Finalinė teorija, poelgio valią suvokianti kaip planingai vadovaujantį priežastinės eigos veiksnį, poelgio „finališkume" atskleidė labai svarbų dalyką.

Sugebėjimas siekti tam tikro tikslo ir pasirinkti galimą poelgį yra būdingas tik žmogui, jokiai kitai gyvai būtybei. Todėl šiandien vieningai pripažįstama, kad finalinė teorija tinkamai išanalizuoja mintyse sukurto veiksmo struktūrą.

Tik kyla klausimas, ar visada žmogaus veiksmus galima apibrėžti kaip palyginti siaurą finalinį modelį. Patirtis rodo, jog būtų sunku teigti, kad žmogus visada, prieš padarydamas kokį nors veiksmą, pirmiausia galvoja apie savo elgesio tikslus, ir, pasitelkęs priežastinį veiksnį, tą elgesį stengiasi planingai valdyti. Be tokių sąmoningų finalinių poelgių, esti ir pasąmonės sukeltų veiksmų bei neveikimų, ir jų priežastingume dažniausiai trūksta finalinio kryptingumo.

Pavyzdžiui, elgesys socialiai reikšmingas, bet nėra finališkumo, kai motina, nesąmoningai ir neatsargiai, nepastebėjusi pavojingos situacijos, nieko nedaro ir nesutrukdo vaikui per klaidą išgerti mirtinai veikiančio skysčio. Čia negali būti nė kalbos apie tikslingą priežastiniais ryšiais su padariniais susijusią motinos valią.

93 c) Pirmenybė teiktina socialinei poelgio teorijai, suderinusiai ontologinę ir norminę sampratas. Pagal šią teoriją poelgis baudžiamosios teisės prasme – tai nuo žmogaus valios priklausantis ar galintis priklausyti socialiai reikšmingas elgesys. Ši poelgio sąvoka, kalbant apie poelgio valingumą ir tos valios įgyvendinimą, yra pagrįsta asmenine elgesio struktūra, t.y. ontologiniais duomenimis. Ji atsižvelgia į vykdytojo subjektyvius tikslus ir kartu palieka galimybę apimti objektyviai reikšmingą socialinį veiksmų prasmingumą, turint galvoje, jog teisinėje visuomenėje siekiama elgesio, kuris nepažeidžia normų reikalavimų.

Bendra „elgesio" sąvoka apima ir veikimą, ir neveikimą. Kitaip negu ontologinėje sampratoje, norminiu požiūriu veikimas ir neveikimas nėra nesuderinamos priešybės, o tik

skirtingos nuo asmens valios priklausančio elgesio pasireiškimo formos (plačiau žr. Nr. 699, NK-*Puppe*, Nr. 57 prieš §13).

Socialiai reikšmingas yra bet koks elgesys, paliečiantis tam tikro individo ryšį su jį supančia aplinka ir dėl siekiamų ar pageidaujamų padarinių socialinėje srityje galintis būti vertinimo dalyku.

Pradiniu atveju A elgesys yra socialiai reikšmingas, nes paliečiami prekiautojo H, t.y. svetimi, interesai. Tik kyla klausimas, ar šis elgesys priklausė nuo A valios (Nr. 95).

Taigi socialinė poelgio teorija neatmeta priežastinio ar finalinio poelgio elementų, tik juos sujungia.

Finalinės teorijos šalininkai iš ontologinės poelgio struktūros nori daryti šiuolaikiniam mokslui privalomas išvadas apie poelgio sąvoką, o socialinė poelgio teorija išvengia bet kokių išankstinių nuostatų. Ši teorija pranašesnė, nes gali apimti bet kokią baudžiamajai teisei reikšmingą žmogaus elgesio pasireiškimo formą ir nemėginti su tuo susijusio mokymo apie nusikaltimą įsprausti į iš anksto numatytą sistemą (plg. *Jescheck*, Eb. Schmidt-Festschr., S. 139).

Skirtingai nuo vienpusiškai orientuotos priežastingumo poelgio teorijos, socialinė poelgio teorija savo prigimtimi atitinka specialiuosius baudžiamosios teisės tikslus ir baudžiamosios teisės fragmentinį charakterį, nes kalbant apie elgesį ši teorija apsiriboja tik socialinio reikšmingumo kriterijumi. Tai yra vienintelis baudžiamosios teisės požiūriu svarbus kriterijus.

Baumanno-Weberio (AT §16 VI) pasisakymai prieš vertinamąjį požiūrį į poelgį nėra pagrįsti: jie prieštarauja ir racionaliems darbo metodams, kuriais tyrimo metu siekiama kuo anksčiau atsiriboti nuo baudžiamajai teisei nereikšmingo elgesio.

94 3. Baudžiamojoje teisėje veiksnus yra bet koks fizinis asmuo, nepriklausomai nuo jo amžiaus ir psichinės būsenos, taigi ir psichinis ligonis.

Tik nuo fizinių valios pastangų priklausantį veiksnumą būtina griežtai atskirti nuo §20 numatyto konkretaus ir individualaus pakaltinamumo (plg. BGH MDR 94, 127 pas *Holtz*, plačiau apie tai žr. Nr. 409).

Juridiniai asmenys ir korporacijos iš tikrųjų nėra veiksnūs, todėl ir negali būti baudžiami kriminaline bausme. Apie korporacijų ir jų atstovų atsakomybę plg. §14 StGB 9, 29, 30 OWG, *Bruns*, GA 1982, 1; *Marxen*, JZ 88, 286; *Schünemann*, Jura 80, 354, 568.

95 4. Žmogaus mintys ir norai nėra laikomi poelgiais tol, kol jie nepasireiškia išoriniame pasaulyje. Neveikimo atveju poelgio buvimą lemia tai, ar veiksmai, kuriuos asmuo privalėjo įvykdyti, buvo atliekami, ar ne. Refleksiniai judesiai (mėšlungio priepuoliai, judesiai miegant ar esant be sąmonės) bei instinktyvi nevalinga reakcija nėra pripažįstami „poelgiu" baudžiamosios teisės požiūriu (plg. OLG Schleswig VRS 64, 429).

96 Esant be sąmonės, refleksinių judesių fiziologinis dirgiklis signalą iš jutimo centro perduoda į judesių centrą, taigi judesiai nuo valios nepriklauso. Visai kitaip yra atsiradus valdomoms spontaniškoms reakcijoms: jos kyla dėl pasirengimo veikti (pvz., gynimasis nuo vapsvos, žaibiški judesiai išvydus kliūtį važiuojant automobiliu), esant afekto būse-

nai bei įprastiniam elgesiui (pvz., vairuotojo diržo prisisegimas; plačiau: OLG Hamm JZ 74, 716; OLG Frankfurt VRS 28, 364).

97 Poelgiu baudžiamosios teisės požiūriu nelaikomas toks elgesys, kurį tiesiogiai sukelia išorinė nenugalima jėga (= *vis absoluta*). Priešingai esti tuomet, kai žmogaus valia paveikiama jėgos ir žmogus valingai pasirenka tam tikrą elgesio variantą, nors šis jo elgesys netiesiogiai buvo nulemtas prieš tai panaudotos jėgos (= *vis compulsiva*). Šiuo atveju esama poelgio.

Vis absoluta pavyzdys. Ūkvedys E laiptais žemyn nustumia posūnį S, reikalaudamas palikti namus. O *vis compulsiva* atveju – E tol muša S, kol pastarasis nebesipriešina ir paklusęs E norui ieško prieglobsčio kitur.

98 Baudžiamojoje teisėje poelgiu nepripažįstami tokie atvejai, kai žmogaus kūnas juda dėl gilios hipnozės arba užhipnotizuotas žmogus negali savęs kontroliuoti (plg. LK-*Jescheck*, Nr. 37 prieš §13). Kitų autorių nuomone, šis atvejis – tai tik gilus sąmonės sutrikdymas §20 prasme (*Maurach-Zipf*, AT §16, Nr 19, *Roxin*, AT §8, Nr. 65, kuris bet kaip pasireiškus asmenybei tai pripažįsta asmens poelgiu).

99 Pirmuoju atveju, kai A griūva ant H keraminių vazų – tai yra B suduoto smūgio padarinys.

Griuvimas nepriklausė ir negalėjo priklausyti nuo A valios. Šiuo atveju B yra įvykio iniciatorius, ir įvykis negali būti vertinamas kaip A poelgis. Išorinės jėgos veikiamas, A tapo įrankiu B rankose; būtų tas pat, jei B ant H vazų būtų pastūmęs negyvą daiktą.

Kadangi A elgesys buvo priverstinis per *vis absoluta*, todėl nėra pagrindo jį bausti pagal §303 (plg. su Nr. 101 pateiktu atveju) už daiktų sužalojimą, nes nėra veiksmų, dėl kurių būtų galima kaltinti.

Pagal priežastingumo ir finalinę poelgio teorijas būtų nuspręsta taip pat.

100 Kai kyla abejonių, ar žmogaus elgesys gali būti pripažintas reikšmingu ir baudžiamosios teisės požiūriu, baudžiamosios teisės moksle rekomenduotina tokia tyrimo eiga:

a) Pirmiausia turi būti išsiaiškinta, ar apskritai gali būti kalbama apie kokį nors žmogaus elgesį.

Jei konkrečiu atveju egzistuoja tik gamtos reiškiniai (kalnų griūtis, griaustinis ir pan.) ar gyvūnų elgesys, žmogaus poelgio nesama.

b) Toliau turi būti tikrinama, ar elgesys galėjo priklausyti ir ar priklausė nuo žmogaus valios.

Jeigu šis patikrinimas nuo pradžių neduoda teigiamo rezultato, nėra prasmės svarstyti elgesio „socialinės svarbos“.

c) Jei elgesys priklauso nuo žmogaus valios, būtina patikrinti to elgesio socialinį reikšmingumą.

Kadangi baudžiamoji teisė bausmę numato tik už socialiai žalingą elgesį, tai be socialinio reikšmingumo negali būti ir baudžiamojo teisinio reikšmingumo.

Tada, o tai būna daugeliu atvejų, kai nėra abejonių dėl poelgio reikšmingumo, baudžiamosios teisės požiūriu galima šį pirminį klausimą nagrinėti toliau, siejant jį su konkre-

čia baudžiamosios veikos sudėtimi (pvz., ar gyvybės atėmimas atitinka §212, o svetimo turto užvaldymas – §242 esančias sudėtis).

101 5. Problemas, kurios kyla ieškant teisingo kriterijaus, išryškina šis pavyzdys:

Moteris F, kurios vyras išvykęs poilsiauti, atsigulusi į lovą pradeda skaityti detektyvinį romaną. Šalia jos lopšyje miega 5 mėnesių kūdikis. Staiga dingsta elektra. Kadangi F būtinai nori baigti pradėtą skyrių, ji uždega ir ant naktinės spintelės pastato žvakę. Skaitydama F užmiega ir ranka pastumia žvakę. Dėl to kyla gaisras. Kai F pabunda, jos vaikas jau uždusęs. Ji pati, nors ir apsinuodija dūmais, lieka gyva. F mano, kad nebuvo „poelgio", ji negali atsakyti už vaiko mirtį. Ar jos požiūris teisingas?

Tokios aplinkybės paneigia tyčinį nusikaltimą, tačiau F gali būti kalta dėl neatsargaus nužudymo padarymo (§222). Degančios žvakės pastūmimas miegant (t.y., nesąmoningu rankos mostu) nelaikytinas „poelgiu". Bet reikia tikrinti, ar prieš tai buvęs F elgesys negali būti priežastis traukti ją baudžiamojon atsakomybėn: žvakės uždegimas (= aktyvus veiksmas) buvo poelgis anksčiau minėta prasme, bet jame nėra §222 numatytos veikos sudėties, nes pats savaime šis poelgis nėra nulemtas elgesio klaidos ar rūpestingumo trūkumo (plg. Nr. 667). Kitas svarstytinas aspektas – tai, kad atsiradusiems pirmiesiems nuovargio požymiams žvakė nebuvo užgesinta (= pareigą veikti pažeidžiantis neveikimas). Kaip nuo žmogaus valios priklausantis ar galintis priklausyti elgesys, šis neveikimas visiškai atitinka poelgio savybes. Svarbu ir tai, kad šiuo atveju veikai yra būdingas nerūpestingumas (žr. BGHSt 23, 156 apie užmigusį prie vairo sunkvežimio vairuotoją, nekreipusį dėmesio į nuovargio požymius). Kaip ir kitais neveikimo atvejais, F turėjo pareigą veikti atitinkamu būdu (= atsakomybė už žinomą pavojaus šaltinį, pareiga rūpintis savo vaiko gyvybe; plg. Nr. 715). Todėl šiuo atveju teisingas sprendimas (= padarytas neveikimu neatsargus nužudymas pagal §222, 13; apie tai žr. *Kahlo*, NJW 90, 1521; *Jeschech*, AT §59 VII).

102 6. Kaip jau buvo užsiminta (Nr. 89), XX a. pradžioje mokymo apie nusikaltimą raida Vokietijoje visiškai priklausė nuo mokymo apie poelgį. Labai aiškiai siejasi priežastinė poelgio teorija ir sena „klasikinė" nusikaltimo struktūra, pagal kurią netiesa buvo suvokiama kaip objektyvi kategorija, o visi subjektyvūs – dvasiniai – požymiai priklausė „kaltės" sričiai. Labai glaudus (priešingai negu klasikinėje ir neoklasikinėje sistemose) buvo ir yra ryšys tarp finalinės poelgio sąvokos ir iš finalinės teorijos atstovų išplėtotos nusikaltimo struktūros, atsiradusios kaip asmeninė netiesos teorija (plg. Nr. 139). Tik socialinė poelgio teorija ir nauja teleologinė nusikaltimo teorija padarė teisingą išvadą, kad baudžiamosios teisės pažeidimo struktūroje poelgio funkcijos ribotos, ir dėl to išankstinis priešingumo teisei ir kaltės buvimo veikos sudėtyje tikrinimas yra neįmanomas. Todėl vadovaujantis vien poelgio sąvoka į tam tikrą sistemą negalima įsprausti netiesos ir kaltės teorijos.

Plačiau apie poelgio sąvokų ir nusikaltimo teorijų sąsajas, atsižvelgiant į istorinę raidą Vokietijoje, žr. Priede Nr. 801 ir t.t. Plačiau apie tai *Hirsch*, ZStW 93, 831 ir 94, 239.

Apie poelgio sąvoką civilinėje teisėje, kai yra padaryti draudžiamieji veiksmai, ir kylančius klausimus, susijusius su įrodinėjimo procesu, žr. BGH JZ 87, 40.

ANTRA DALIS

TYČINIAI BAUDŽIAMIEJI TEISĖS PAŽEIDIMAI, PADARYTI VEIKIMU

§4. BAUDŽIAMŲJŲ VEIKŲ SUDĖTYS IR BAUDŽIAMŲJŲ TEISĖS PAŽEIDIMŲ GRUPĖS, REGLAMENTUOTOS ĮSTATYME

103 Ketvirtasis atvejis: A sužinojo, kad jo sužadėtinė iš savo tragiškai žuvusių tėvų, be kitų dalykų, paveldėjo ir didelę pinigų sumą, kuri saugoma jos bute, sieniniame seife. A manė, jog B greitai nutrauks su juo sužadėtuves, todėl jis naktį su užtaisytu pistoletu įlindo į B butą, padirbtu raktu atsirakino seifą ir paėmė pinigus, norėdamas juos panaudoti savo tikslams.

a) Kokią įtaką, teisiškai vertinant A padarytą baudžiamąją veiką, turi kvalifikuojančių ir privilegijuojančių aplinkybių buvimas vienu metu?

b) Ar reikia B pareiškimo, kad būtų vykdomas baudžiamasis A persekiojimas?

I. Veikos sudėčių sudarymas ir įstatymų sisteminimas

104 Iš esmės A elgesys atitinka vagystės (§242) sudėtį, taip pat jo veikoje yra požymių, numatytų §243 I Nr. 1 ir apibūdinančių „ypač sunkius atvejus“, be to, jo veikoje yra ir kvalifikuojančių požymių pagal §244 I Nr. 1 (apie šaunamąjį ginklą žr. BGHSt 24, 136; BGH NStZ 89, 474). Kadangi B, kaip A sužadėtinė, priskirtina prie „artimųjų“ (§11 I Nr. 1 a) pagal §247, A veikoje egzistuoja ir privilegijuojanti aplinkybė. Toliau būtina išsiaiškinti, kokių teisinių padarinių gali turėti ir kvalifikuojančių, ir privilegijuojančių aplinkybių buvimas darant nusikaltimą. Taip pat ar A baudžiamasis persekiojimas gali būti pradėtas pareigūnų iniciatyva (atsižvelgiant į §247), ar galimas tik gavus B pareiškimą.

105 Baudžiamųjų veikų sudėtys formuluojamos pagal tam tikrus principus, kurie yra svarbūs juos taikant praktiškai. Veikos sudėčių sudarymo pagrindas ir išeities taškas – tai saugomas teisinis gėris. Pagal ginamą gėrį baudžiamieji teisės pažeidimai yra atitinkamai skirstomi į nužudymus, kūno sužalojimus, nusikaltimus nuosavybei ir turtui. Tokiu skirstymo principu pagrįsta BK „Specialiosios dalies“ sistema. Tačiau veikos sudėties formulavimo pagrindas – tai konkrečią baudžiamojo teisės pa-

žeidimo rūšį apibūdinančių baudžiamumo prielaidų nustatymas. Nuo šių prielaidų realizavimo priklauso ir gresianti bei sankcijoje nustatyta bausmė.

Dauguma „Specialiosios dalies“ nuostatų yra skirtos baudžiamosioms veikoms formuluoti. Yra ir nuostatų, neturinčių „veikos sudėties požymių“, o tik įtvirtinančių bausmės parinkimo (§213, 243) ar procesines (§232, 247, 248 a, plačiau žr. Nr. 112) taisykles.

106 Be konkrečiai suformuluotų nusikalstamų veikų sudėčių, vadinamų visuminiais baudžiamaisiais įstatymais (§242, 246, 249), BK ir kituose įstatymuose yra blanketinių nuostatų, kuriose neapibrėžta, kas yra draudžiama, o šios nuostatos nukreipia mus į kitus įstatymus, teisės aktus ar administracinius aktus (BK §184 a, 315 a I Nr. 2, 315 c I Nr. 2 a StGB). Šiais atvejais kompleksišką veikos sudėtį rasime tik susieję blanketinį įstatymą su jį papildančia norma (plačiau žr. BGHSt 6, 30, 40, 20, 177, 181; BGH NStZ 92, 535; *Jescheck*, AT §12 III 2).

II. Veikos sudėčių rūšys ir jų reikšmė

107 1. Baudžiamosios nuostatos, ginančios tam tikrą teisinį gėrį, suskirstytos į tam tikras grupes, kurias sudaro pagrindinė tam tikros rūšies baudžiamojo teisės pažeidimo sudėtis ir kvalifikuota bei privilegijuota sudėtys. Kvalifikuota ir privilegijuota sudėtys gali būti numatytos šalia pagrindinės arba reglamentuotos atskirai.

Kartu yra konstatuojami savarankiški baudžiamieji teisės pažeidimai, kurie tampa nepriklausomi nuo pagrindinio baudžiamojo teisės pažeidimo ir apie juos būtina spręsti pagal atskiras taisykles.

108 a) Pagrindinė veikos sudėtis sudaro pagrindinę baudžiamosios teisės pažeidimo formą. Šioje veikos sudėtyje yra nustatytos minimalios patraukimo baudžiamojon atsakomybėn prielaidos, kurios tam baudžiamosios teisės pažeidimui (pvz., vagystei, §242, ar apgaulei, §263) suteikia tipišką struktūrą ir nurodo jo netiesos turinį.

109 b) Kvalifikuotos ar privilegijuotos veikos sudėčių rūšys atsiranda tada, kai įstatymų leidėjas pagrindinę veikos sudėtį praplečia specialiais požymiais (pvz., laiko ar vietos aplinkybėmis, padarymo būdu, tam tikrų veikos padarymo priemonių naudojimu, santykiais tarp nusikaltusiojo ir nukentėjusiojo ir t.t.). Tokios sudėtys savarankiškomis veikos sudėtimis tampa tik tada, kai jos susijusios su pačios žalingos veikos turiniu ir kai (pvz., §244 ar §250, 251) jos yra teisėjui galutinės, privalomos taisyklės, nustatančios griežtesnes ar švelnesnes sankcijas (plačiau žr. BGHSt 32, 332; *Schröder*, Festschr. für Mezger, 1954, S. 415, 427 ir t.t.).

110 Savarankiška veikos sudėties rūšimi negali būti pripažįstama sudėtis tuo atveju, kai baudžiamojo teisės pažeidimo forma pakeičiama nepanaikinant kvalifikuotumo ar privilegijuotumo priklausomybės nuo pagrindinės veikos sudėties, o tik sukuriant baudžiamojo teisės pažeidimo giminingą formą. Tarp tokių baudžiamojo teisės pažeidimo formų egzistuoja vadinamosios pakopų ryšys (§223 a – 226 santykis su §223).

111 d) Savarankiška veikos sudėties rūšis yra tada, kai specialioji norma „išsilaisvina“ iš pagrindinės veikos sudėties ir tampa nauju baudžiamuoju teisės pažeidimu, tu-

rinčiu atskirą žalingumą (= *delictum sui generis*) (§252 santykis su §242). Ar tai būtent toks atvejis, visada turi būti išsiaiškinta pagal pakitusios nuostatos prasmę ir tikslus atskirai.

Toliau pateikiama apžvalga turi padėti suprasti tai, kas pasakyta §242–252 pavyzdžiu.

112 e) Baudžiamųjų teisės pažeidimų nuosavybei apžvalga:

		§244, 244a Kvalifikuotos veikų sudėtys	§251 Kvalifikuota veikos sudėtis	§251 Kvalifikuota veikos sudėtis
		|	|	|
	§246 I Antroji alternatyva. Kvalifikuota veikos sudėtis	§243 „Ypač sunkaus atvejo“ pavyzdys	§250 Kvalifikuota veikos sudėtis	§250 Kvalifikuota veikos sudėtis
	|	|	|	|
§248c Savarankiškas baudžiamasis teisės pažeidimas	§246 I Pirma alternatyva pagrindinė veikos sudėtis	§242 Pagrindinė veikos sudėtis	§252 Savarankiškas baudžiamasis teisės pažeidimas	§249 Pagrindinė veikos sudėtis

§247, 248a
Procesinio pobūdžio
privilegijuojančios
aplinkybės

Jeigu šioje apžvalgoje nebūtų vagystės, atrodytų, kad tarp pagrindinės veikos sudėties (§242) ir tarp jos nesavarankiškų variantų (§243, 244, 244 a, 247, 248 a) egzistuoja vadinamasis pakopinis ryšys.

Taikant §243, 244, 244 a, 247, 248 a, visada daroma prielaida, kad šių vagysčių atveju esama §242 numatyta pagrindinė veikos sudėtis.

§244 (kaip ir §244 a) – tai dėl veikos žalingumo atsirandantis variantas, turintis naujos veikos sudėties pobūdį. Ši veikos sudėtis teisėjui yra galutinė ir privaloma. Kaip kvalifikuota veikos sudėtis ji visada taikoma tik tuomet, kai esama ir jos specifinių požymių, ir §242 numatytų. §243 I priešingai – nėra nei privalomos, nei galutinės taisyklės, nes pagal šį straipsnį ypač sunki vagystė būna ne visada ir ne tik tada, kai padaromi šiame straipsnyje numatyti veiksmai. §243 nesudaro atskiros veikos, o tėra tarsi taisyklė bausmei skirti (BGHSt 23, 254; 26, 104, 33, 370; kita nuomonė – *Calliess*, JZ 75, 112; *Jakobs*, AT 6/99).

Plačiau apie „taisyklių pavyzdinį metodą“ žr. Arzt, JuS 72, 385, 515, 576; Blei, Heinitz-Festschr., S. 419; *Maiwald*, NStZ 84, 433; *Montenbruck*, NStZ 87, 311; *Wessels*, BT/2 Nr. 195; tas pats Maurach-Festschr. S. 295 ir Lackner-Festschr., S. 423.

§247, 248 a aptinkamos privilegijuojančios aplinkybės paremtos kriminaliniais ir politiniais apmąstymais. Čia nenumatoma nauja sankcija ir nesiremiama veikos žalingumu, o tik kalbama apie baudžiamojo persekiojimo galimybes (= pareiškimas kaip procesinė prielaida). Todėl šios taisyklės nėra savarankiškos veikos sudėtys (BVerfGE 50, 205, 211), o tai svarbu klaidų atvejais (plg. BGHSt 18, 123 – nekreipimas dėmesio į klaidą dėl giminystės ryšių).

Elektros energijos vagystės (248 c) ir plėšimo (§252) atvejais esama savarankiškų baudžiamųjų teisės pažeidimų, atitolusių nuo pradinės veikos sudėties (§242).

Čia negali būti remiamasi §243, 244, 244 a, 247, 248 a (plg. RGSt 66, 354; *Maurach-Zipf*, AT §20, Nr. 46).

113 2. Galimi atvejai, kai, realizavus pagrindinę veikos sudėtį, atsiranda ir veiką kvalifikuojančių ar privilegijuojančių aplinkybių. Šiuo atveju kyla klausimas, ar remiantis privilegijuojančių aplinkybių esme ir paskirtimi jos turi pirmenybę kvalifikuojančių aplinkybių atžvilgiu, ar abiejų rūšių aplinkybės gali egzistuoti kartu kaip viena kitą papildančios:

a) §243 I, 244 ir 247 nepaneigia vienas kitą, o papildo. Antai jeigu vagystė padaroma esant §243 I, 244 numatytoms aplinkybėms, tačiau iš savo šeimos narių ar nuosavo namo, tai yra baudžiamasis teisės pažeidimas, už kurį gali būti persekiojama tik esant nukentėjusiojo pareiškimui.

Todėl pradiniu atveju A gali būti persekiojamas tik esant B pareiškimui. Jei pareiškimas bus paduotas, bausmė skirtina pagal §244 I Nr. 1 (plačiau žr. *Wessels*, BT/2 Nr. 254), §243 I Nr. 1 ir 2 pereina į §244 I Nr. 1 (BGH JR 70, 388).

b) 1975-01-01 BK įsigaliojimo įstatymu panaikintos privilegijuojančios aplinkybės pagal §247 II (sena redakcija – nebaudžiamumas už vagystę iš sutuoktinio) pašalindavo baudžiamumą pagal §243, 244, kadangi vienos veikos nebaudžiamumas lėmė ir kitos nebaudžiamumą.

Dar vienas pavyzdys, kai privilegijos nelemia, atsispindi §217 ir §211 santykyje. Pvz., jei motina iš karto po gimdymo nužudo savo nesantuokinį vaiką, siekdama nuslėpti anksčiau padarytą baudžiamąją veiką pagal §173, tai §217 pašalina galimybę vadovautis §211 kaip *ratio legis* (plg. *Maurach-Zipf*, AT §20 Rn 45; *Wessel*s, BT/1, Nr. 160).

§5. MOKYMAS APIE VEIKOS SUDĖTĮ. NETEISĖTOS VEIKOS SUDĖTIES SĄVOKA IR STRUKTŪRA

114 Penktasis atvejis: a) E, norėdamas išsiųsti registruotą laišką, prieš uždarant paštą savo automobilį pastatė šalia miestelio pašto. Skubėdamas jis pamiršo ištraukti raktelius ir užrakinti automobilį. A išnaudojo patogią progą, pavogė automobilį ir juo išvažiavo į netoli esantį didesnį miestą. Važiuojant į miestą jį sustabdė policija ir jos dėka E atgavo savo automobilį.

b) A, nieko blogo nenorėdamas, savo pažįstamiems papasakoja gandą, kad buhalteris B pasisavino firmos pinigus ir todėl bus greitai atleistas. B apie tai sužino ir parašo pareiškimą, norėdamas A patraukti baudžiamojon atsakomybėn. Baudžiamojo proceso metu paaiškėja, kad gandai visiškai nepagrįsti.

1. Ar abiem atvejais, remiantis vien tik įvykių objektyviąja puse, galima spręsti apie tai, kokią neteisėtos veikos sudėtį A įvykdė?

2. Kokią vietą baudžiamojo teisės pažeidimo struktūroje užima §186 esantis požymis, kad nėra įrodyti garbę žeminantys faktai.

I. Baudžiamosios netiesos struktūra

115 Baudžiamosios netiesos pagrindą sudaro įstatyme nustatytos veikos sudėties realizavimas. Veikos neteisėtumo turinys yra išreikštas veikos sudėties požymiais, apibūdinančiais baudžiamajam teisės pažeidimui būdingą poelgio ir padarinių žalingumą. Elgesys atitinka veikos sudėtį, kai jo požymiai sutampa su atitinkamo baudžiamosios teisės pažeidimo tipiniais požymiais, aprašytais įstatyme esančioje baudžiamosios veikos sudėtyje. Tačiau netgi esant tokiai baudžiamosios veikos sudėčiai ne visada tai reiškia, jog buvo pasielgta neteisėtai. Elgesys išimtiniais atvejais gali būti pateisinamas, jeigu konkrečioje situacijoje esama pagrindo atleisti nuo atsakomybės, t.y. jei leidžiama atitinkamai elgtis.

Pvz., tyčinis žmogaus nužudymas atitinka §212 veikos sudėtį. Toks „veikos sudėtį atitinkantis" elgesys „priešingas teisei", jei nėra jokio pagrindo atleisti nuo atsakomybės, tačiau toks elgesys yra leistinas ir teisėtas būtinosios ginties atveju (§32).

Todėl galutinis sprendimas apie konkrečios veikos žalingumą priimamas ne nustačius, kad elgesys atitinka veikos sudėtį, o tik patvirtinus, kad toks elgesys priešingas teisei. Įvykio pripažinimas „netiesa" turi praeiti dvi vertinimo stadijas: tikrinama, ar elgesys atitinka veikos sudėtį (= vertinimas įstatyminės veikos sudėties pagrindu), ir nustatoma, ar nėra pagrindo atleisti nuo atsakomybės (= vertinimas visos teisėtvarkos pagrindu).

II. Mokymas apie veikos sudėtį

116 Kiekviena baudžiamoji nuostata kartu apima veiką ir kaltininką apibūdinančius požymius, kurie yra patraukimo baudžiamojon atsakomybėn sąlyga. Tai, kokių požymių visumą galima pavadinti veikos sudėtimi, priklauso nuo funkcinės sąvokos konstravimo reikšmės.

§16 I 1 kalbama apie veikos aplinkybes, priklausančias įstatyminei veikos sudėčiai ir pašalinančias tyčią, bet plačiau nepaaiškinama, ką šios sąvokos reiškia. Panašiai yra ir §22, kuriame įstatymiškai yra įtvirtinta, kad pasikėsinimas padaryti baudžiamąją veiką yra tik tada, kai tiesiogiai imama realizuoti nusikaltimo sudėtis.

117 1. Visų patraukimo baudžiamojon atsakomybėn sąlygų visuma paprastai vadinama veikos sudėtimi plačiąja prasme.

Ši plati veikos sudėties sąvoka apima netiesos veikos sudėties požymius, priešingumą teisei, kaltę, taip pat objektyvias traukimo baudžiamojon atsakomybėn sąlygas (pvz., negalimumas įrodyti garbę žeminančius faktus, §186). Ši sąvoka svarbi norint įgyvendinti baudžiamojo įstatymo garantines funkcijas (plg. Nr. 44), nes apima visas įstatymiškai suformuotas traukimo baudžiamojon atsakomybėn sąlygas, naudingas kaltininkui tiek pagal paprotinę teisę, tiek pagal analogiją (= vadinamoji garantinės veikos sudėtis).

118 2. Veikos sudėtis siaurąja prasme, kaip veikos sudėties plačiąja prasme dalis, tenkinasi aprašydama baudžiamojo teisės pažeidimo požymius, kurie individualizuoja ir apibūdina jam tipišką žalingumo turinį (= neteisėtos veikos sudėtis).

Pirmasis veikos sudėtį siaurąja prasme išskyrė baudžiamosios teisės specialistas iš Tiubingeno Ernstas Belingas (*Mokymas apie nusikaltimus*, 1906; *Mokymas apie veikos sudėtį*, 1930). E.Belingas pagrindė trinarę nusikaltimo sąvoką – nusikaltimą jis apibrėžė kaip veikos sudėtį atitinkantį, priešingą teisei ir kaltai padarytą poelgį. Veikos sudėtį siaurąja prasme (jos nevertinant) jis suprato kaip išorinio poelgio pusės aprašymą (= baudžiamojo teisės pažeidimo „idealas“). Jo pozityvizmo ir natūralizmo paveiktą veikos sudėties sampratą pakeitė teleologinė, į vertybes orientuota koncepcija, kuri atsiskyrė nuo priežastinio mokslinio mąstymo ir orientavosi į baudžiamosios teisės vertybinę pusę bei kriminalinius ir politinius tikslus (plačiai apie tai *Jescheck*, ZStW 73, 179). Šis struktūrinis posūkis moksle apie nusikaltimą buvo nulemtas norminių veikos sudėties požymių (M.E.Mayer) ir subjektyvių neteisėtumo elementų (*Hegler, Frank, Mezger, Nagler*) atradimo. Nuo to laiko netyla ginčai dėl veikos sudėties sąvokos. Pvz., naujoje, bet neįtikinamoje Saxo koncepcijoje (JZ 76, 9, 80 ir 429) bandoma neteisėtos veikos sudėties sąvoką praplėsti papildomu elementu – baustinu teisinio gėrio pažeidimu, bet šitaip mokyme apie klaidas atsiranda neišsprendžiamų atribojimo sunkumų (plačiau žr. *Sch-Sch-Cramer*, §16, Nr. 9).

119 Neteisėtos veikos sudėties funkcija – apimti visus požymius, apibūdinančius tipišką draudžiamo elgesio netiesos turinį ir tuos požymius, kurie specialioms baudžiamosios teisės pažeidimų rūšims suteikia tam tikrą formą ir pavidalą.

Įstatymų leidėjo uždavinys – iš daugelio galimų žalingų poelgių išrinkti tuos elgesio variantus, kurie, būdami socialiai kenksmingi, socialiai ir etiškai netinkami, turi būti uždrausti, t.y. už juos turi būti paskirtos bausmės. Su tuo susijęs veikos sudėčių konstravimas tarnauja dviems tikslams. Pirma, veikos sudėtys kiekvienam piliečiui suteikia galimybę orientuotis pačiam. Tai daroma tiksliai aprašant neteisėtą elgesį ir taip nustatant, kas yra uždrausta ir kiek šis draudimas riboja socialinių veiksmų laisvę. Antra, pateikiamas griežtai apibrėžtas tipiškas baudžiamasis teisės pažeidimas, kuriame kiekviena veika (pvz., nužudymas, vagystė, apgaulė ir t.t.) pažeidžia vienarūšius teisinius gėrius.

120 Neteisėtos veikos sudėtis apima visus baudžiamosios veikos požymius, pagrindžiančius, sumažinančius ar padidinančius baudžiamajai teisei reikšmingą netiesą. Neteisėtos veikos sudėčiai, kaip mokslo apie nusikaltimą sisteminei sąvokai ir kaip baudžiamųjų teisės pažeidimų sistemoje vietą turinčiam vertinimo etapui, tenka uždavinys nusikaltimo sudėtį atitinkantį elgesį atskirti nuo elgesio, nereikšmingo baudžiamosios teisės požiūriu (elgesys be veikos sudėties); tai vadinamoji nusikaltimo sudėties siaurąja prasme atrankos funkcija.

121 Šią funkciją geriau galima paaiškinti §248 b pavyzdžiu. Čia pateiktas draudžiamo elgesio aprašymas iš pirmo žvilgsnio parodo, kad savavališkas svetimos valties naudojimas trumpam paplaukioti neatitinka §248 b I, IV esančios veikos sudėties siaurąja prasme, nes pagal įstatymą bausmė gresia už automobilių bei dviračių savavališką naudojimą. Nustačius, kad valtis nepatenka į įstatymo saugomų objektų sąrašą, kartu baigiamas ir įvykio tikrinimas, nes nėra būtini kiti patikrinimo etapai (priešingumas teisei, kaltė). Nagrinėjamas elgesys jau pačiame pirmame tikrinimo etape pripažinus, kad jo požymiai neatitinka veikos sudėties požymių, negali būti laikomas baudžiamuoju teisės pažeidimu (plg. baudžiamojo teisės pažeidimo sandarą, Nr. 800). Antrą patikrinimo etapą (veikos priešingumas teisei) pasiekia tik veikos sudėtį atitinkantis elgesys, t.y. veiksmai, kurie objektyviąja ir subjektyviąja prasme atitinka visus įstatyme numatytos neteisėtos veikos sudėties požymius.

122 Neteisėtos veikos sudėties buvimas kartu gali reikšti, kad egzistuoja ir priešingumas teisei. Tačiau remiantis tuo, kad elgesys atitinka veikos sudėtį siaurąja prasme, galima daryti tik laikinas išvadas, o ne galutinius sprendimus apie priešingumą teisei ir materialų neteisėtos veikos pobūdį; priešingumo teisei nebuvimas gali paaiškėti bet kada nustačius, kad esama atleidimo nuo baudžiamosios atsakomybės pagrindų (= leidimas taip elgtis). Taigi atitikimas veikos sudėtį be abejonės yra tik vienas iš neteisėtumo elementų. Dar būtinas veikos priešingumas teisei, kuris savo ruožtu remiasi dviem prielaidomis: neteisėtos veikos sudėties realizavimu ir atleidimo nuo baudžiamosios atsakomybės pagrindo nebuvimu (plg. Nr. 83).

123 3. Platesnė už veikos sudėtį siaurąja prasme, tačiau siauresnė už veikos sudėtį plačiąja prasme – bendroji neteisėtos veikos sudėties sąvoka, kuri, išskyrus „objektyvias traukimo baudžiamojon atsakomybėn sąlygas" ir kaltę, turėtų aprėpti visus neteisėtumą pagrindžiančius ir pašalinančius požymius, nuo kurių tiek pozityviąja, tiek negatyviąja prasme priklauso elgesio neteisėtumo kokybinė pusė. Šios sąvokos funkcija – kiekvienu konkrečiu atveju tarp teisės ir netiesos nustatyti galutines ribas.

Pagal šią sąvoką bendroji neteisėtos veikos sudėtis, pavyzdžiui, nužudymo atveju, apimtų ne tik §212 aprašytus veikos sudėties požymius (kito žmogaus nužudymą), bet ir §32 įtvirtintus būtinosios ginties požymius. Atsižvelgus į jų buvimą ar nebuvimą, galima galutinai apsispręsti dėl to, ar kaltininkas veikė teisėtai, ar neteisėtai.

124 Taip suprantama bendroji neteisėtos veikos sudėties sąvoka remiasi mokymu apie negatyvius veikos sudėties požymius. Šios teorijos pagrindas – tai teismų praktika sprendžiant klausimą dėl atleidimo nuo baudžiamosios atsakomybės esant tyčią šalinančių aplinkybių (RGSt 21, 189, 54, 37, 64, 102; BGHSt 3, 105). Pagal šią teoriją atleidimo nuo baudžiamosios atsakomybės pagrindai turi būti suprantami kaip „negatyvūs veikos sudėties požymiai, nes jų nebuvimas tikrinant netiesą yra tokie pat svarbūs kaip ir netiesą pagimdžiusių (= pozityvių) veikos sudėties požymių buvimas. Pagal šią koncepciją pagrindinis draudimas ir savarankiška leidžiančioji norma nėra supriešinami, o neteisėtumą šalinantys pagrindai suprantami kaip paprastos draudžiančiosios normos apribojimas. §212 draudimas „Tu negali žudyti!" turėtų skambėti taip: „Nežudyk kitų tyčia, išskyrus būtinosios ginties atvejus ar vykdydamas kareivio pareigą karo metu" ir pan. Tokiu atveju kiekvienas teisėtas elgesys iš anksto nebūtų uždraustas ir neatitiktų neteisėtos veikos sudėties bendrąja prasme. Sisteminiu požiūriu elgesio atitikimas veikos sudėtį ir priešin-

gumas teisei būtų priverstinai „sulydyti" į vieną tikrinimo pakopą (= dvipakopė baudžiamojo teisės pažeidimo sandara: bendroji neteisėtos veikos sudėtis/kaltė).

Plačiau: *Engisch*, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Juristentags-Festschrift, 1960, I, S. 401; *Arthur Kaufmann*, Schuld und Strafe, 1966, S. 102, JZ 54, 632; 56, 353 ir 393; *Otto*, Grundkurs AT, §5 III; *Schaffstein*, MDR 51, 196; SK-*Samson*, Nr 7 prieš §32.

125 Mokymas apie neigiamus veikos sudėties požymius moksliniu požiūriu yra svarbus tuo, kad jis atskleidė visus tuos pagrindus, kurie yra svarbūs nagrinėjant klaidas dėl baudžiamąją atsakomybę šalinančių aplinkybių. Šios klaidos susijusios ir su klaidomis dėl pačios veikos sudėties, ir su klaidomis dėl draudimo (= klaidos dėl leidžiančios veikos sudėties).

Prie to bus grįžta kalbant apie klaidos teorijas (plg. Nr. 473).

126 Tačiau kaip veikos sudėties teorija, ji yra labai abejotina, nes nepripažįsta leidžiamųjų normų savarankiškumo ir jas supranta tik kaip ribojančias draudžiamąsias normas, todėl nuo pat pradžių negali veikos sudėtyje nenumatyto elgesio atskirti nuo veiksmų, kuriais pažeidžiamas teisinis gėris, bet jie įvykdomi esant baudžiamąją atsakomybę šalinančiam pagrindui. Pvz., asmuo, sugadinęs savo daiktą, nepažeidžia jokios draudimo normos. Ir priešingai, jei kas sugadina svetimą daiktą, tas pažeidžia §303 įtvirtintą draudimą ir tokiu atveju, kad liktum nenubaustas, reikia turėti ypatingą baudžiamąją atsakomybę šalinantį pagrindą (pvz., §228 ar CK §904). Tik tada tokio asmens elgesys atitinka §303 veikos sudėtį, bet yra pateisinamas ir todėl neprieštarauja teisei. Jeigu veikos sudėtį atitinkantis, bet pateisinamas elgesys nuo pat pradžių būtų suvokiamas kaip „nedraudžiamas", tai būtų neįmanoma pagrįsti, kodėl su tokiu elgesiu susidūręs kitas asmuo (ypač vadinamųjų būtinųjų teisių – būtinosios ginties ir būtinojo reikalingumo atvejais) privalo toleruoti pasikėsinimą į jo teisinį gėrį (būtinosios ginties atveju užpuolikas privalo susitaikyti su gynybinio pobūdžio veiksmais §32 nubrėžtose ribose, pakęsti įsibrovimą į jo teisinį gėrį ir pats nesinaudoti teise gintis). Ši pareiga susitaikyti gali būti pagrįsta tik savarankišku leidžiančiųjų normų pobūdžiu. Šios normos netipinėse situacijose garantuoja gyvybines teises, ir įstatymas leidžia suvokti, kad atleidimo nuo atsakomybės pagrindai neturi neigiamų veikos sudėties požymių. Kadangi veikos, padarytos būtinosios ginties ar atleidimo nuo baudžiamosios atsakomybės būtinumo sąlygomis, §32, 34 apibūdinamos kaip teisei neprieštaraujančios, vadinasi, atleidžiantys nuo atsakomybės pagrindai nepanaikina pačios veikos sudėties, o tik pašalina veikos sudėtį atitinkančio elgesio priešingumą teisei.

Kritikos įvade žr. *Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960, ypač S. 275, LK-*Hirsch*, Nr. 8 prieš §32; *Gallas*, ZStW 67, 1, 27; Jakobs, AT 6/54; *Jescheck*, AT §25 III; *Maurach-Zipf*, AT §24, Nr. 2; *Sch-Sch-Lenckner*, Nr. 15-18 prieš §13.

127 Apie tai žr. *Wolter*, Zurechnung P. 143, kuris, atmesdamas neigiamų veikos sudėties požymių teoriją, savo neteisybės teorijos pagrindu suformulavo naujas, kitaip sudarytas „bendrojo neteisėtumo" ir „bendrosios neteisėtos veikos sudėties" sąvokas. Jo manymu, bendra-

sis neteisėtumas gali būti suskirstytas į asmeninį ir turintį socialiai objektyvių požymių (p. 177). Asmeninę bendrosios neteisėtos veikos sudėtį jis skirsto į „įstatyminę bendrąją neteisėtos veikos sudėtį" (susidedančią iš tyčinių neteisėtumą grindžiančių požymių ir leidžiamųjų normų), į „griežtai subjektyvią bendrąją neteisėtos veikos sudėtį" (jai priklausytų ir su tyčia nesusiję subjektyvaus pobūdžio požymiai, pvz., ketinimas pasisavinti – §242) ir į „ypač objektyviai subjektyvią neteisėtos veikos sudėtį su objektyviais nuo tyčios nepriklausomais požymiais" (pvz., tarnybinių veiksmų teisėtumas §113 III, 136 III). Objektyviai neteisėtos veikos bendrosios sudėties daliai, jo manymu, priklauso padarinių atsiradimas baudžiamuosiuose teisės pažeidimuose, ir priežastinis ryšys tarp veikos ir padarinių.

128 Dvipakopė baudžiamojo teisės pažeidimo sandara (= netiesa ir kaltė) nebūtinai sietina su neigiamų veikos sudėties požymių teorija. Apie tokią sandarą gali būti kalbama ir šiuo metu vyraujančiame mokyme apie nusikaltimą, jeigu bendresnę „netiesos" sąvoką suprasime kaip visumą, susidedančią iš atitikimo veikos sudėtį ir priešingumo teisei. Tačiau vis tiek visada reikia tikrinti trimis pakopomis, su specifiniais kiekvienos pakopos klausimais (plg. *Roxin*, AT, Nr. 16, 23; *Sch-Sch-Lenckner*, Nr. 17-19 prieš §13; *Wolter*, Zurechnung, S. 143, čia kalbama apie trijų pakopų baudžiamojo teisės pažeidimo sandarą su 2 tikrinimo kategorijomis; NK-*Puppe*, Nr. 14 prieš §13).

Laikantis šių principų yra teigiama, kad priešingumas teisei ir kaltė – tai svarbiausios tikrinimo kategorijos baudžiamojoje teisėje. Atitikimo veikos sudėčiai tikrinimas nėra savarankiška tikrinimo pakopa, nes tik atsižvelgiant į baudžiamąją atsakomybę šalinančių pagrindų buvimą ar nebuvimą galima spręsti apie teisėtumą ar priešingumą teisei. Tokiai pozicijai galima prieštarauti, nes elgesys, neatitinkantis veikos sudėties „*per se*", neturi reikšmės baudžiamosios teisės požiūriu ir skiriasi nuo (nors ir) veikos sudėtį atitinkančių, bet dėl egzistuojančios leidžiančiosios normos pateisinamų poelgių tuo, kad pirmuoju atveju (neatitinkančiu veikos sudėties) nėra pažeidžiamas joks teisinis gėris. Šis skirtumas pagrindžia atskirų tikrinimo pakopų savarankiškumą. Antra vertus, nėra būtinybės per daug gilintis į skirtumus tarp nuomonių dėl dviejų ar trijų pakopų baudžiamojo teisės pažeidimo struktūroje, kol sutariama dėl svarbiausių dalykinių klausimų. Grynai struktūriškai abu variantai yra geri.

129 Toliau pateikiamas aiškinimas yra paremtas įprastine trijų pakopų struktūra. Jei tekste kalbama be atskiro atribojimo apie veikos sudėtį ar atitikimą veikos sudėtį, visuomet omenyje turima veikos sudėtis siaurąja prasme, kaip neteisėtos veikos sudėtis. Baudžiamųjų teisės pažeidimų struktūros sferoje paprastai tai visada pagrindinė veikos sudėtis kaip delikto tipo pagrindinė forma (žr. Nr. 108 ir 800).

III. Atskiri neteisėtos veikos sudėties požymiai

130 Kalbant apie neteisėtos veikos sudėtį, skiriami aprašomieji ir norminiai, taip pat objektyvūs ir subjektyvūs jų požymiai.

131 1. Aprašomieji (= aprašomieji) požymiai yra tokie, kurie tiesiogiai aprašyti veikos sudėtyje ir konkrečiai, objektyviai parodo, kas yra draudžiama arba įpareigoja elgtis tam tikru būdu.

Pvz., tokie požymiai numatyti §242 kaip „daiktas", „kilnojamas", „paimti".

132 2. Norminiai požymiai (= požymiai, kuriems reikalingas tam tikras įvertinimas) – tai tokios veikos aplinkybės, kurios turi prasmę atsižvelgiant į normos logines prielaidas, ir jų buvimą teisėjas gali nustatyti papildomai vertindamas šiuos požymius, pvz., daikto „svetimumas" ar „ketinimas pasisavinti" §242, 249.

Tai, ar daiktas yra svetimas, ar ne, sprendžiama pagal civilinės teisės normas (pvz., pagal CK §929; *Wessels*, BT/2, Nr. 68, 69); ši veikos aplinkybė yra norminis požymis. Tačiau negalima nepastebėti ir to, kad ne visada įmanoma griežtai atskirti aprašomuosius ir norminius požymius. Dažniausiai ir aprašomieji požymiai turi tam tikrų norminių bruožų. Jau į pačius klausimus: „ar žvėris yra daiktas" §242, 303 prasme arba „nuo kada vaikas yra žmogus" §212, 217 prasme negalima atsakyti be tam tikro vertinimo (plg. BGHSt 31, 348; *Lenckner*, JuS 68, 249; kritiškai: *Dopslaff*, GA 1987, 1; *Kindhäuser*, Jura 84, 365).

133 3. Objektyvūs (išoriniai) veikos sudėties požymiai – tai aplinkybės, kurios apibūdina išorinę veikos pasireiškimo pusę; šie požymiai gali būti ir aprašomieji, ir norminiai, ir susiję su asmeniu, padariusiu nusikalstamą veiką, ir su veika.

Kadangi baudžiamųjų teisės pažeidimų rūšių yra labai daug, todėl ir objektyvi veikos sudėtis gali būti labai įvairi. Šie požymiai gali apibūdinti veikos subjektą, veikos objektą ir veikos padarymo būdą, įskaitant specialiąsias priemones, veikos įrankius bei kitus su veika susijusius dalykus. Dažniausiai objektyviojoje veikos sudėtyje yra numatyta, jog poelgis turi sukelti tam tikrų padarinių. Esant baudžiamiesiems teisės pažeidimams, kuriems būdingi padariniai, reikia nustatyti priežastinį ryšį tarp veikos ir padarinių ir būtent šis priežastinis ryšys yra laikomas objektyviosios veikos sudėties požymiu.

134 „Objektyvumo" sąvoka neteisėtos veikos sudėtyje apima ne tik juslėmis suvokiamus išorinio pasaulio daiktus, bet ir daug subjektyvių elementų. Todėl tarp objektyvios ir subjektyvios veikos sudėčių griežtos ribos nėra. Tyčinių baudžiamųjų teisės pažeidimų padarymo atveju objektyvi veikos sudėtis yra esminis dalykas, nes šiuo atveju tyčia turi apimti visus veikos sudėties požymius (BGHSt 36, 221, 223); bet kokia klaida dėl faktinių bylos aplinkybių pašalina tyčią veikos sudėtyje (§16 I 1), nepriklausomai nuo to, ar klaidos buvo galima išvengti, ar ne.

135 Veikos priešingumas teisei yra vienas iš nusikaltimo požymių, bet ne veikos sudėties požymis. Pasitaiko atvejų, kai skirtingose baudžiamosiose nuostatose žodis „priešingas teisei" turi skirtingą reikšmę:

a) jeigu ši sąvoka apibūdina atskirą veikos aplinkybę, tai kalbama apie tikrą veikos sudėties požymį, kurį turi apimti tyčia (pvz., §242, 263 ketinimo pasisavinti ar naudos siekimo „priešingumas teisei). Plg. BGHSt 3, 160, 20, 136; *Wessels*, BT/2, Nr. 187, 566 ir 676;

b) ten, kur sąvoka „priešingas teisei" vartojama veikai vertinti (pvz., §303, 240, 239, 123), nereikia nuorodos į „priešingumas teisei", kaip bendro nusikaltimo požymio. Tokia nuoroda gali būti suprantama kaip teisėjo raginimas tikrinti, ar nėra baudžiamąją atsakomybę šalinančių pagrindų. Tokio „priešingumo teisei" asmens tyčia neturi apimti, tačiau šis „priešingumas teisei" yra svarbus kalbant apie kaltei priskiriamą netiesos sąvoką (plg. §17 ir BGHSt 2, 194, plačiau Nr. 427 ir toliau).

136 4. Subjektyvūs (= vidiniai) veikos sudėties požymiai – tai aplinkybės, susijusios su kaltininko sąmone ir pažiūromis. Nesutariama dėl to, ar šie požymiai nulemia veikos neteisėtumo turinį, o jeigu taip, tai kiek jie susiję su kalte. Pagal naują teoriją neteisėtos veikos sudėčiai priskirtini visi subjektyvūs veikos sudėties požymiai, apibūdinantys veikos poelgio žalingumą (= elgesio žalingumą) ir smulkiau apibūdinantys veikų, darančių žalą ar keliančių grėsmę žalai atsirasti specifines rūšis bei būdus (plg. *Jescheck*, AT §24 III; *Maurach-Zipf*, AT §20, Nr. 4; *Sch-Scg-Lenckner, Nr.* 52 ir toliau prieš §13).

137 Ir priešingai, kaltės požymiais reikėtų laikyti tuos baudžiamajam teisės pažeidimui būdingus elementus, kurie priklauso veikos sudėčiai plačiąja prasme ir veikoje tiesiogiai bei išimtinai apibūdina teisinės sąmonės trūkumus (pvz., „žemų paskatų" formuluotė §211 II 1 ar „piktavališkumas" §90 a I Nr. 1, 130 I Nr. 2, II, 224 b; žr. Nr. 422).

138 Subjektyvių veikos sudėties požymių, kaip netiesos elementų, aptinkama vadinamuosiuose iš anksto apgalvotuose tyčiniuose baudžiamuosiuose teisės pažeidimuose, kai veikos sudėtyje aprašytam poelgiui būdingi tam tikri tikslai ir rezultatai, pvz., vagies ar plėšiko ketinimas pasisavinti (§242, 249), prievartautojo, apgaviko, sukčiaus ketinimas praturtėti (§253, 263, 259), ketinimas gauti naudos slepiant (§257) ir t.t.

Subjektyviųjų veikos sudėties požymių svarba neteisybės veikos sudėčiai labai aiškiai matoma pradiniu atveju 5a lyginant §242 ir 248 b.

Vagystė (§242) ir neteisėtas pasinaudojimas transporto priemone (§248 b) pagal neteisėtumo rūšį yra absoliučiai skirtingi. Jeigu vagis nori ilgam paimti daiktą iš savininko valdymo, kad taptų „pseudosavininkiu", §248 b atveju kaltininkas teisėto šeimininko disponavimą daiktu nori pažeisti laikinai ir, neteisėtai pasinaudojęs daiktu, jį vėl grąžina savininkui. Penktu *a* atveju A paėmė automobilį norėdamas juo pasinaudoti. Šie objektyvūs duomenys nesuteikia jokios galimybės nuspręsti, kuriai baudžiamojo teisės pažeidimo rūšiai – §242 ar 248 b – veika turi būti priskirta; tai galima padaryti tik nustačius, ar paimdamas automobilį A turėjo (subjektyvų) ketinimą jį pasisavinti. Jeigu A pasivažinėjęs norėjo automobilį palikti, kad E be ypatingų pastangų ir atsitiktinumų galėtų vėl tapti automobilio „šeimininku", tai šiuo atveju, kadangi asmens veikoje nėra ketinimo automobilį pasisavinti, nebus neteisėtos veikos sudėties subjektyvių požymių, aprašytų §242, o veiksmus galima bus vertinti pagal §248 b. Jei A automobilį ketino palikti taip, kad jį galėtų paimti bet kas, ir pas E jis galėtų „sugrįžti" tik atsitiktinai, tai egzistuos ir objektyvi, ir subjektyvi netiesos veikos sudėtis, numatyta §242 (plg. BGHSt 22, 45; *Wessels*, BT/2, Nr. 142).

Subjektyviųjų veikos požymių reikšmė nesumažėja, kai veiką padaro nepakaltinamas asmuo ir kai nuo šių požymių buvimo priklauso, ar yra realizuota „priešinga teisei" veika (plačiau BGHSt 18, 235 – nėra priešingos teisei veikos §323 a ir 263 prasme tada, kai visiškai girtas kaltininkas netikrus faktinius duomenis palaikė tikrais).

139 Vokietijos baudžiamosios teisės moksle visuotinai pripažįstamas subjektyviųjų neteisėtumo elementų egzistavimas. Nesutariama tik dėl to, ar tyčia, kaip subjektyvus veikos sudėties požymis, priklauso poelgio neteisėtumui ar kaip finalinėje teorijoje tyčia be jokių abejonių priskiriama netiesos veikos sudėčiai, nes valia, nulemianti įvykius, yra poelgio pagrindas ir asmeninio poelgio neteisėtumo esminis dalykas.

Apie asmeninio neteisėtumo teoriją, plg. *Hirsch*, ZStW 93, 831 ir 94, 239; tas pat Festschr. der Rechtswiss. Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 399; *Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik, S. 151; *Lampe*, Das personale Unrecht, 1967; *Otto*, ZStW 87, 539; *Rudolphi*, Maurach-Festschr. S. 51; *Wolter*, Grundfragen S. 103. Apie darinių svarbą netiesai ir kaltei žr. *Degener*, ZStW 103, 357; *Dornseifer*, Gedschr. Für Armin Kaufmann, S. 427; *Dencker* S. 441; *Roxin*, AT §10, Nr. 96.

Ir socialinė poelgio teorija, kur veikos sudėtį atitinkantis poelgis suprantamas kaip priklausantis nuo žmogaus valios, teisiškai ir socialiai vientisas sąmoningas aktas, turi rimtų argumentų tyčią veikos sudėtyje, kaip vieną iš psichinių aplinkybių (= žinojimas ir norėjimas realizuoti objektyvią veikos sudėtį), priskirti prie subjektyviosios netiesos veikos sudėties.

Galiojančioje teisėje yra daug tyčinių veikos sudėčių, kuriose poelgiai yra siejami su tikslais. Pvz., gali būti pateikiami tokie požymiai – „pagrobti" §237 (BGSt 29, 233), „pasisavinti" §246, „suteikti pagalbą" §257, „pateikti netikrus faktus" §263, „suklastoti" dokumentą, „persekioti" laukinį žvėrį §292. Šiais atvejais poelgio neteisėtumo turinys gali būti nustatytas tik remiantis tyčia veikos sudėtyje, nes kitaip poelgis atrodytų beprasmis.

Netgi tradicinės teorijos šalininkai pripažįsta, kad kėsinantis padaryti baudžiamąjį teisės pažeidimą, tyčia veikos sudėtyje yra subjektyvusis neteisėtumo ir kaltės elementas, nes tik nuo šio elemento priklauso tai, apie kokią neteisėtos veikos sudėtį gali būti kalbama (plg. *Baumann-Weber*, AT §20 I 1a, §32 II 3; *Kienapfel*, AT, S. 350). Kodėl šios sistemos sandara turėtų pakisti pasikėsinimo, pereinančio į baigtą baudžiamąjį teisės pažeidimą, atveju, lieka neaišku.

Ar yra pasikėsinimas padaryti baudžiamąjį teisės pažeidimą, numatytą §212, 211, 223 a ar §225 tuo atveju, kai A šauna į B, bet kulka pralekia pro šalį, priklauso tik nuo tyčios A veikos sudėtyje. Jei šiuo atveju tyčia pagrindžia netiesą, tai toks pagrindimas negali pakisti, jei kulka pataiko aukai. Tyčios priskyrimas netiesai ar kaltei negali priklausyti nuo to, koks A yra šaulys – blogas ar geras.

140 Požiūris, kad „įgyvendinimo valia", sudaranti tyčios veikos sudėtyje esmę, priklauso subjektyviajai neteisėtos veikos sudėčiai, išplaukia iš teisingo baudžiamosios teisės normų supratimo: teisės taisyklėse įtvirtinti draudimai ir įpareigojimai reguliuoja kiekvieno individo elgesį. Šios taisyklės, kad užkirstų kelią socialiai žalingiems padariniams atsirasti, turi daryti įtaką kaltininko valiai. Tyčinių baudžiamųjų teisės pažeidimų srityje šios taisyklės uždraudžia bet kokius valios pasireiškimus, kuriais siekiama neteisėtų padarinių. Šis norminis reikalavimas pažeidžiamas tyčia realizuojant veikos sudėtį, todėl poelgio valia ir poelgio neteisėtumas yra neatskiriamai susiję (*Jescheck*, AT §24 III 4c, d; *Sch-Sch-Lenckner, Nr.* 52-56 prieš §13).

Pradiniu 5b atveju A pateikė objektyviai neteisingus faktus, susijusius su B garbe. Vien tik objektyvios veikos sudėties tyrimas negali atsakyti į klausimą, ar A elgesys vertintinas kaip paprastas (§186), ar kaip sąmoningas šmeižimas (§487). Kadangi A taip elgėsi nesąmoningai, o tikėdamas jo skleidžiamų faktų tikrumu, todėl realizuota tik §186, o ne §187 numatyta veikos sudėtis.

141 Kai tradicinės teorijos pagrindu apie tyčią veikos sudėtyje kalbama tik siejant ją su kalte ir (šiuo atveju) tikrinama, ar nėra klaidos dėl tyčios veikos sudėties požiūriu, tai kyla tam tikrų neaiškumų ir prieštaravimų, jei yra iš anksto apgalvotas tyčinis baudžiamasis teisės pažeidimas. Tai parodo šie pavyzdžiai.

Jeigu kas nors iš užeigos į namus parsineša svetimą skėtį, tai yra klaida dėl veikos sudėties požymių ir pagal §16 I 1 tokia veika pripažįstama padaryta neatsargiai, nes asmuo nežinojo, kad paimtas daiktas yra svetimas §242 prasme (žr. Nr. 243). Vien dėl to vagystės subjektyvioji sudėtis nėra realizuota, todėl teisingai tiriant šį atvejį klausimo apie ketinimą pasisavinti nereikėtų net kelti. Kad išvengtų klaidingo rezultato, tradicinė teorija tyčios klausimą čia nagrinėja tikrinant, ar buvo ketinimas pasisavinti. Ketinimas pasisavinti paneigiamas.

Kreditorius, nežinąs ar pamiršęs, kad miręs skolininkas S jau yra atsiskaitęs už paskolą, iš S paveldėtojų mėgina dar kartą atgauti skolą; jis suvokia, kad turtinė nauda, kurios jis siekia, objektyviai yra priešinga teisei §263 prasme. Pagal §16 I 1 jo klaida dėl faktinių aplinkybių pašalina tyčią (taip vyraujanti nuomonė; BGHSt 3, 160; BGH MDR 56, 10 pas *Dallinger*; *Wessels*, BT/2, Nr. 563). Ir šiuo atveju subjektyvios veikos sudėties negalima nuneigti aplenkiant tyčios problematiką ir nesiremiant §16 I.

142 5. Jei tyčia priskiriama subjektyviajai neteisėtos veikos sudėčiai, nebūtinai tai reiškia, kad ji kaltės srityje netenka jokios prasmės. Būtina vadovautis nuostata, kad tyčiai baudžiamųjų teisės pažeidimų sistemoje tenka dvejopa funkcija: ji yra ir elgesio, ir kaltės forma („neatsargumo“ atvejais pagal vyraujančią nuomonę tai seniai pripažįstama). Tokį požiūrį galima pagrįsti taip.

Vokietijos baudžiamojoje teisėje vyrauja kaltės principas, pagal kurį kaltė ir bausmė turi viena kitą atitikti (§46 I; BVerfGE 95, 187, 259). Tai, kad sankcijos už neatsargias veikas yra daug švelnesnės nei už tyčines, rodo įstatymų leidėjo nuostatą, pagal kurią tarp tyčinių ir neatsargių baudžiamųjų veikų yra ne tik elgesio neteisėtumą, bet ir bausmės griežtumą pagrindžiančios kaltės skirtumas. Tuo remiantis galima teigti, kad sąvokos „tyčia“ ir „neatsargumas“ įstatyme pažymi ne tik skirtingas elgesio, bet ir skirtingas kaltės formas (kaltės rūšis). „Tyčia“, kaip kaltė, yra aukštesnioji, o „neatsargumas“, kaip kaltė, yra žemesnioji kaltės pakopa. Kaip ir neatsargumo sąvoka, tradiciškai nuomonę vienijanti netiesos ir kaltės elementus, tyčios sąvoka irgi atlieka dvejopą funkciją:

a) neteisėtumo veikos sudėtyje tyčia, kaip elgesio forma, parodo poelgio teisinę ir socialinę esmę per kaltininko psichinį santykį su išorine veikos puse (tyčia veikos sudėtyje siaurąja prasme yra kaip sąmoningas ir valingas objektyvių veikos aplinkybių realizavimas);

b) kaltės srityje tyčia, kaip kaltės forma, parodo sąmonės žalingumą, kurį per tyčinį veikos sudėties įgyvendinimą atskleidžia ir glaudžiai su ja susijusias žalingas teisines pažiūras (tyčinis klaidingas nusiteikimas dėl teisinėje visuomenėje reikalaujamo elgesio).

143 Nagrinėjant veikos sudėtį svarbu tyčinį veikos padarymo būdą atskirti nuo neatsargaus elgesio ir nustatyti, ar poelgio valia buvo suteikta visiems veikos sudėties požymiams

realizuoti. Nustatant kaltę svarbu žinoti, kaip susiformavo vykdytojo valia, ar tai rėmėsi teisiškai žalingomis pažiūromis, prieštaraujančiomis teisėtvarkos vertybinei orientacijai. Kaip elgesio atitikimas veikos sudėtį liudija veikos priešingumą teisei (plg. Nr. 122), taip tyčia veikos sudėtyje, kaip subjektyvus netiesos požymis, liudija atitinkamą kaltės rūšį. Nestandartinėje situacijoje šis ryšys gali išnykti (pvz., neteisingai supratus baudžiamąją atsakomybę šalinančias veikos aplinkybes: plg. BGHSt 3, 105, 107 ir OLG Hamm NJW 87, 1034; plačiau Nr. 470).

144 Apie tai iš esmės *Gallas*, ZStW 67, 1, 44; *Jescheck*, AT §24 III 5, §39 IV 4. Plg. *Ebert* Jura 81, 225; *Lackner*, §15, Nr. 34; *Roxin* AT §10, Nr. 61 ir toliau; *Sch-Sch-Lenckner*, Nr. 52 ir toliau, 120 prieš §13; SK-*Rudolphi* §16, 3; Schuld und Vorverschulden, 1987, S. 137; kritiškai: *Maurach-Zipf*, AT §22, Nr. 6; apie diskusiją Austrijoje *Moos*, ZStW 93, 1023, 1031; *Triffterer-Steininger*, §5, Nr. 13, 14 ir kt. nuorodos.

145 Netiesos ir kaltės elementus skiria, bet kitaip interpretuoja (taip pat ir tarpusavyje) *Schmidhäuseris* (AT 4/19, 7/36), *Langeris* (GA 1976, 193, 214) ir *Ottas* (Grundkurs AT, §7 IV, V ir §15 II 2) kaip šiuolaikinis prasilenkiančios su BK §17 nuostatomis „tyčios teorijos“ atstovas (plačiau apie tai Nr. 459 ir toliau).

146 Tai, kaip dvejopa tyčios kaip elgesio ir kaltės formos prigimtis pasireiškia baudžiamojo teisės pažeidimo struktūroje, galima paaiškinti taip:

Pvz., A, mesdamas akmenį, sužeidė B. Pagal §223 nustatant, ar elgesys atitinka tam tikrą veikos sudėtį, remiantis subjektyviąja veikos sudėtimi būtina nustatyti, ar A sužeidė B tyčia (= sąmoningai ir valingai), ar netyčia (= nesąmoningai, bet elgdamasis nerūpestingai). Jeigu nustatomas tyčinis kūno sužalojimas, kuris, nesant baudžiamąją atsakomybę šalinančio pagrindo, turi būti vertinamas ir kaip priešingas teisei, tai sprendžiant kaltės klausimą svarstoma, ar A turi būti kaltinamas dėl tyčinio baudžiamojo teisės pažeidimo. Paprastai tyčia veikos sudėtyje patvirtinta pagal šio požymio buvimą. Tyčios požymis galutinai patvirtinamas nustačius, jog A veikė nerūpestingai, iš keršto ar kitų žemų paskatų, nes tokiu atveju tyčia padarytas kūno sužalojimas išreiškia A valią sąmoningai elgtis priešingai, negu reikalauja teisinė tvarka ir jos normos. Ir priešingai, A negalėtų būti kaltinamas, jei jis akmenį metė klaidingai manydamas, jog gresia pavojus jo gyvybei, nes B neva ketino jį nušauti pistoletu (= vadinamosios tariamosios būtinosios ginties atvejis; plg. Nr. 352 ir 470 ir toliau). Tokiu atveju tyčia veikos sudėtyje negalėtų būti įrodoma teisei priešingu ar teisei neutraliu požiūriu. Pagal įsigaliojusią nuomonę nesant tyčinės kaltės (remiantis §16 I įtvirtinta įstatymo nuostata) A negali būti baudžiamas dėl tyčinio kūno sužalojimo (nėra bausmės nesant atitinkamos kaltės). Tačiau būtina patikrinti, ar A konkrečią situaciją nepakankamai įvertino dėl neatsargumo, ir ar jis negali būti kaltinamas dėl neatsargaus kūno sužalojimo padarymo (§230; su tuo susijusius klausimus žr. Nr. 877 ir toliau).

147 Ir teismuose, kuriuose tyčios buvimas analizuojamas vis dar tradiciškai, sprendžiant kaltės klausimą pasitaiko atvejų, kai tyčia suprantama arba kaip viena iš elgesio formų, arba kaip viena iš kaltės rūšių.

Federalinis teismas niekada neabejojo, kad nepakaltinamas (§20) ar visiškai girtas asmuo, padarydamas veiką §323 a požiūriu, veikia tyčia ir objektyvią tam tikro baudžiamojo teisės pažeidimo (pvz., §212, 263 ar 303) neteisėtos veikos sudėtį gali realizuoti „sąmoningai ir valingai“. Įstatymo numatytą tyčią kaip elgesio formą (tyčia veikos sudėtyje) Federalinis teismas vadina „įprasta tyčia“ ir siekia ją atskirti nuo tyčios, kaip kaltės formos (kaltinimo tyčinio baudžiamojo teisės pažeidimo padarymo pagrindas; plg. BGH

Vert 94, 304; BGHSt 18, 235; 23, 356). Tas, kuris remdamasis teismų praktika, tyčios buvimą tikrina kaltės srityje (trečioje vertinimo pakopoje) būtinai pastebi šį skirtumą: pirmiausia jis turi nustatyti, ar iš viso kaltininkas veikė tyčia (sąmoningai ir valingai); tyčios nebūtų, jei įsiveltų klaida dėl veikos sudėties (§16 I 1). Tik patvirtinus tyčios buvimą įprastine tvarka, reikėtų atsakyti į klausimą, „kodėl“ kaltininkas ryžosi tyčia pažeisti teisinį gėrį ir ar dėl to jis gali būti kaltinamas tyčinio baudžiamojo teisės pažeidimo padarymu. Pagal vyraujančią nuomonę to nebūtų galima daryti, jei kaltininkas, tyčia realizuodamas veikos sudėtį, manė, jog egzistuoja aplinkybės, kurioms esant iš tikrųjų jo elgesys būtų pateisinamas (plačiau žr. Nr. 470 ir toliau).

Teismų praktika teikia pirmenybę tokiam veikimo būdui, nes mano esant tikslinga visus tyčios klausimus nagrinėti kartu su jos vieta baudžiamojo teisės pažeidimo struktūroje. Teoriniu požiūriu tokiai pozicijai galima prieštarauti, nes nepastebėtas lieka netiesą pagrindžiantis tyčios, kaip elgesio formos, pobūdis. Dėl to esant iš anksto apgalvotiems tyčiniams baudžiamiesiems teisės pažeidimams gali atsirasti nesusipratimų, klaidų (žr. Nr. 141).

IV. Ypatingos baudžiamumo ir baudžiamojo persekiojimo sąlygos

148 1. Objektyvios baudžiamumo sąlygos neteisėtai veikos sudėčiai nepriklauso. Nors šios sąlygos ir yra materialiosios baudžiamumo prielaidos, bet nėra būtina, kad jas apimtų tyčia veikos sudėtyje. Jų atžvilgiu netaikomas §16 I 1, ir jos (kaip matyti iš pavadinimo) arba objektyviai egzistuoja, arba jų nėra.

Sukurdamas neteisėtų veikų sudėtis, įstatymų leidėjas sujungia požymius, apibūdinančius ir konkrečiau parodančius tam tikrą baudžiamojo teisės pažeidimo rūšį ir jo pažeidimo žalingumą (plačiau žr. Nr. 118). Objektyvi baudžiamumo sąlyga reiškia, kad poreikis bausti yra tik tada, kai (šalia atitikimo veikos sudėtį, priešingumą teisei ir kaltę) papildomai yra realizuota ir tam tikrų baudžiamumo prielaidų. Dažnai į klausimą, ar įstatyme minima aplinkybė yra veikos sudėties požymis, ar tik objektyvi baudžiamumo sąlyga, galima atsakyti tik aiškinant įstatymus.

149 Prie objektyvių baudžiamumo sąlygų, tarp kurių yra tam tikrų skirtumų, pagal vyraujančią nuomonę yra priskiriamas negalėjimas įrodyti asmens garbę žeminančių faktų esant paprastam šmeižimui (§186) (plg. BGHSt 11, 273; SK-*Rudolphi*, §186, Nr. 14 ir kt. nuorodos), §227 aprašyti sunkūs dalyvavimo muštynėse padariniai (BGHSt 14, 132; 16, 130), priešingos teisei veikos padarymas esant visiškai girtam (§323 a, plg. BGHSt 16, 124; 20, 284) ir nemokamas bankroto paskelbimas ar prašymo paskelbti bankrotą atmetimas §283 VI, 283 d IV (plg. BGHSt 28, 231, 234; *Tiedemann*. NJW 77, 777, 782). Apie §113 III paminėto tarnybinių veiksmų teisėtumo, kuris reformuojant šią nuostatą išliko kaip modifikuota baudžiamumo sąlyga, kontroversiškumą ir vietą bendroje sistemoje žr. *Wessels*, BT/1, Nr. 622, taip pat *Bockelmann*, BT/3, S. 147.

Kartais objektyvių baudžiamumo sąlygų teisinė prigimtis ir egzistavimo būtinybė yra abejotina. Iš dalies šių sąlygų reikalingumas ne visada yra teigiamas dalykas (*Bemmann*, Zur

Frage der obj. Bedingungen der Strafbarkeit, 1957). Baudžiamumo sąlygos yra skirstomos į „tikras" ir „netikras" (plačiau žr. *Jescheck*, AT §53 I 2; *Triffterer*, AT, S. 194). Reikia pripažinti, kad atskiros baudžiamumo sąlygos slepia baudžiamumą pagrindžiančias aplinkybes, o įstatymų leidėjas kriminaliniais ir politiniais tikslais siekė, kad šioms sąlygoms nebūtų taikomos §16 I 1 nuostatos. Šios aplinkybės – tai vadinamasis rizikos veiksnys (plg. *Baumann-Weber*, AT §31; *Krause*, Jura 80, 449; *Maurach-Ziph*, AT §21, Nr. 17; *Stree*, JuS 65, 465 ir tolesnės nuorodos). Taip paprasto šmeižimo (§186), neteisėtos veikos sudėtis įvykdoma tyčia patvirtinant ar skleidžiant faktus, susijusius su kito asmens garbe. Asmuo, pažeminęs kito asmens garbę, turi sugebėti įrodyti, kad tie faktai teisingi. Siekdamas efektyviai apsaugoti garbę, įstatymų leidėjas kaltininkui „suteikia galimybę" rizikuoti dėl įrodymų teisingumo. Kitaip negu laikantis bendro principo *in dubio pro reo*, šiuo atveju, nepavykus įrodyti faktų teisingumo, tikėjimas skelbiamų ir skleidžiamų faktų teisingumu nuo bausmės neapsaugo. Trūkstant įrodymų, pagal §186 atsakyti privalo kaltininkas, o tai, kad nepavyko įrodyti faktų teisingumo yra objektyvi baudžiamumo sąlyga. Kaip ir kitais atvejais, kaltininkui, įvykdžiusiam neteisėtos veikos sudėtį, tenka kiekvienam suvokiama rizika dėl baudžiamumo sąlygų buvimo ar atsiradimo.

150 Kitaip nei esant bausmės atleidimo pagrindams (plg. §218 IV 2 arba §258 VI) arba bausmės panaikinimo pagrindams (kaip §24), kurie naudingi tik tam asmeniui, su kuriuo jie tiesiogiai yra susiję (plačiau žr. Nr. 494, 495), objektyvių baudžiamumo sąlygų nebuvimas reiškia, kad už veiką negali būti baudžiamas bet kuris asmuo (žr. Nr. 807).

Baudžiamasis procesas, kai nėra objektyvių baudžiamumo sąlygų, baigiasi išteisinimu.

151 2. Nuo objektyvių baudžiamumo sąlygų būtina atskirti baudžiamojo persekiojimo prielaidas ir baudžiamojo persekiojimo kliūtis, kurios iš dalies (pvz., pareiškimo dėl baudžiamojo teisės pažeidimo padarymo būtinumas – §77, senatis – §78) yra reglamentuotos BK, bet savo prigimtimi priklauso baudžiamajam procesui (vadinamosios procesinės prielaidos). Jos susijusios ne su kurios nors veikos sudėties sąvoka (elgesio baudžiamumas), o su baudžiamojo persekiojimo leistinumu.

Nesant procesinių prielaidų ar iškilus baudžiamojo persekiojimo kliūtims, baudžiamasis procesas sustabdomas (plg. BPK §206 a, 260 III).

§6. OBJEKTYVI NETEISĖTOS VEIKOS SUDĖTIS. PADARINIŲ ATSIRADIMAS IR OBJEKTYVUS JŲ INKRIMINAVIMAS

152 Šeštasis atvejis. M ir T konkuruodami peršasi užeigos savininkei W. Užeigoje kyla pavydo scena ir muštynės. Tuo metu, kai gerokai apgirtęs T bando pabėgti į privačias W patalpas, M didžiulio pykčio pagautas, norėdamas T nužudyti, smogia jam peiliu į krūtinę ties širdimi. Tačiau T gyvybei pavojus dėl sužeidimo negresia, nes peilis pirmiausia pataiko į piniginę ir į krūtinę įsminga negiliai. Kaip turi būti sprendžiamas padarinių atsiradimo ir jų inkriminavimo klausimas, jeigu:

a) T greitosios pagalbos automobilyje dėl kraujo netekimo apalpsta, ima vemti ir uždūsta skrandžio turiniui patekus į kvėpavimo takus?

b) vykstant į ligoninę greitosios pagalbos automobilis susiduria su sunkvežimiu, kurio vairuotojas L daro posūkį pažeisdamas eismo taisykles, ir T šioje avarijoje žūsta?

c) po sėkmingos operacijos T ligoninėje miršta dėl žaizdos infekcijos?

d) prieš pat išleidžiant iš ligoninės, T uždūsta nuo dūmų, nes naktį kyla gaisras ligoninės palatoje?

I. Priežastinis ryšys tarp poelgio ir padarinių

Taigi nuo to, kaip pateiktu atveju bus sprendžiamas padarinių atsiradimo ir jų inkriminavimo klausimas, priklauso tai, ar buvo tik pasikėsinta nužudyti, ar nužudymas buvo baigtas.

153 1. Žmogaus elgesys gali būti susijęs su socialiai žalingais padariniais. Tuo atveju, kai pagal baudžiamąjį įstatymą, be veikos būtinai turi atsirasti ir konkrečių padarinių, pvz., §212 atveju – kito žmogaus mirtis, neteisumo veikos sudėtis realizuojama tik tada, kai poelgis ir padariniai susiję priežastiniu ryšiu, ir šie padariniai kyla dėl kaltininko veikos.

Šia prasme padarinys (= išorinio pasaulio padarinys – tai ne poelgio sudedamoji dalis, o savarankiškas įstatyme numatytos veikos sudėties požymis) (*Maurach-Zipf*, AT §18, Nr. 1; *Zippelius*, AcP 157, 390).

Esant paprastiems baudžiamiesiems teisės pažeidimams priežastinio ryšio problema neiškyla; šiais atvejais veikos sudėtis realizuojama padarant įstatyme numatytą veiką (§154 – „melagingos priesaikos davimas“).

154 Esant baudžiamiesiems teisės pažeidimams su padariniais, priežastinio ryšio buvimas yra svarbiausia, bet ne vienintelė padarinių inkriminavimo sąlyga. Poelgis, kaip veikos sudėties padarinių atsiradimo priežastis, yra būtinas objektyvaus jų inkriminavimo pagrindas. Tačiau ne kiekvienas priežastingumas teisiškai yra toks svarbus, kad juo galėtų būti grindžiama baudžiamoji atsakomybė. Objektyviai priskirtini tik tie veikos padariniai, kurie atsiranda esant teisiškai svarbiam veikos sudėtį atitinkančiam priežastiniam ryšiui. Todėl svarstant, ar veikos sudėtis realizuota, empirinį padarinių priežasties klausimą būtina skirti nuo normomis pagrįsto objektyvaus padarinių inkriminavimo. Priežastinio ryšio nustatymas yra tik pagalbinė priemonė sprendžiant padarinių inkriminavimo klausimą, kurį lemia pačios normos tikslas.

155 Mokymas apie priežastinį ryšį nuo pradžių buvo glaudžiai susijęs su natūralistine XIX a. poelgio sąvoka; gamtos mokslų nuostatas tiesiogiai perkėlus į baudžiamąją teisę kilo daug niekam nereikalingų prieštaravimų. Dabar vyrauja požiūris, kad baudžiamoji teisė, kaip teisės mokslas, turi sukurti savas, specifinio turinio sąvokas, padedančias vykdyti teisiškai socialines baudžiamosios teisės funkcijas. Tai labiausiai taikytina teorijai apie priežastingumą. Priežastingumas teisine prasme skiriasi nuo priežastingumo gamtos mokslų prasme. Priežastingumas gamtos moksluose – tai santykis tarp dviejų būsenų, kurios pagal gamtos dėsnius seka viena po kitos. Baudžiamajai teisei tokio priežastinio ryšio,

kaip vienintelio padarinių inkriminavimo principo, nepakanka ir jis nėra tinkamas. Baudžiamojoje teisėje priežastingumo sąvoka yra teisinė socialinė sąvoka, turinti ontologinių ir norminių aspektų, todėl ji negali būti sutapatinta su priežastingumo sąvoka nei gamtos moksluose, nei filosofijoje (plg. *Maurach-Zipf*, AT §18, Nr. 5). Nors visada, kai teisė ir tikrovė atitinka viena kitą, priežastinis ryšys turi būti patvirtintas teisiškai; jei tarp poelgio ir padarinių yra priežastinis ryšys gamtos mokslų prasme (tai nėra suvokta ir dėl pagrindimo ginčytina Federalinio teismo sprendime; (BGHSt 11, 1). Tačiau teisėje gali būti nustatytas priežastinis ryšys, kai egzistuoja ryšys tarp įstatymo numatyto neveikimo ir socialiai žalingų padarinių (nors ir nebūtų priežastinio ryšio nei ontologine, nei gamtos mokslų prasme). Tokiu atveju asmeniui, turinčiam pareigą veikti tam tikru būdu, bet nesiėmusiam reikiamų veiksmų, gali būti priskirti padariniai, jeigu įstatymo siūlomi atlikti veiksmai būtų neleidę atsirasti veikos sudėties padariniams (plg. BGHSt 37, 106, 126; 6, 1; BGH JZ 73, 173; StrVert 85, 229; plačiau Nr. 711).

156 2. BK priežastingumo ir padarinių inkriminavimo klausimai yra palikti spręsti mokslui ir teismų praktikai. Pagal *Glaserio* (Austrijos teisė) pagrįstą ir von *Burio* į Reicho teismų praktiką įtrauktą sąlygos teoriją (= ekvivalento teoriją) priežastis (baudžiamosios teisės prasme) – tai bet kuri padarinio sąlyga, be kurios padarinys tokiu pavidalu nebūtų atsiradęs (RGSt 1, 373; BGHSt 1, 332; apibendrina *Ebert*, Jura 79, 561; *Schlüchter*, JuS 76, 312).

Ši *condicio-sine-qua-non* formulė paremta visų padarinių prielaidų lygiavertiškumu (ekvivalento teorija). Tačiau ji mažai padeda, kai, remiantis žiniomis, gautomis iš patirties, neįmanoma atsakyti į klausimą, ar konkretus veiksnys turėjo įtakos padariniams atsirasti. (Pvz., jei nežinoma apie vaistų „Contergan" neigiamą poveikį embriono vystymuisi; plačiau žr. *Jeschech*, AT §28 II 4; kritiškai apie *Conditio* formulę ir apie konkrečių padarinių teoriją: *Ingeborga Puppe*, kuri abejoja dėl būtinos padarinių sąlygos privalomumo ir mano, kad poelgis yra pakankama būtina padarinių atsiradimo sąlyga (ZStW 92, 863 ir 99, 595; GA 1994, 29; apibendrina NK-*Puppe* Nr. 83 ir toliau prieš §13).

157 *Conditio* formulė turi silpnų vietų ir tuomet, kai padariniai atsiranda dėl kelių sąlygų, bet atskirai paėmus kiekvienos iš tų sąlygų būtų pakakę padariniams sukelti (vadinamasis dvigubas priežastingumas).

Jeigu A ir B kiekvienas atskirai į C gėrimą įdeda mirtiną tų pačių nuodų dozę, C nuo to miršta, tai, pvz., dėmesio nekreipimas arba į A, arba į B elgesį padarinių nepašalina. Tai būtų padarinys be priežasties ir veika be kaltininko. Šiuo atveju, kadangi iš tikrųjų A ir B sukėlė C mirtį, formulė turi būti išplėsta.

Kiekviena iš kelių sąlygų sukelia padarinių, jei bet kurios iš jų pakanka padariniams atsirasti, o jei nė vienos iš jų nėra – nėra ir padarinių (plg. BGHSt 39, 195; *Elert*, Jura 79,561, 568; *Rogall*, pastaba JZ 93, 1066; kritiškai: *Toepel*, JuS 94, 1009; *Wolter*, pastaba JR 94, 468).

158 Išsamiai apie tai *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931; *Spendel*, Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, 1948; *E.A. Wolff*, Klausalität von Tun und Unterlassen, 1965. Taip pat žr. BGHSt 37, 106, 131 su pastabomis; *Puppe*, Jr 92, 30; *Beulke/Bachmann*, JuS 92, 737; *Brammsen*, Jura 91, 533; *Meier*, NJW 93, 3193 (= odos aerozolio atvejis).

159 *Engischo* sukurta dėsningos sąlygos teorija bando pašalinti *Condicio* formulės silpnąsias vietas. Pagal šią teoriją svarbiausia yra tai, ar tikrai dėl poelgio dėsningai atsirado konkretus padarinys (plg. *Jescheck*, AT §28 II 4; *Roxin*, AT §11, Nr. 14; *Sch-Sch-Lenckner*, Nr. 74, 75 prieš §13;SK-*Rudolphi*, Nr. 41,42 prieš §13; *Schulz*, Lackner-Festschr., 39).

Dėsningos sąlygos teorija nuo *Condicio* formulės skiriasi geresniais metodais ir tikslesniais klausimais. Tačiau ši teorija, kaip modifikuota *Condicio* formulė, duoda tuos pačius rezultatus. Ji negali niekuo padėti ir tuomet, kai turimos patirties nepakanka (pvz., minėtu „Contergon" atveju) norint atsakyti, ar konkreti aplinkybė lėmė padarinio atsiradimą.

3. Konkrečiai pagal sąlygos teoriją svarbu štai kas:

160 a) Visų svarbiausia – priežastinis ryšys tarp faktinės įvykio eigos ir konkretaus padarinio (BGHSt 10, 369). Ta aplinkybė, kad socialiai žalingi padariniai vėliau vis tiek būtų atsiradę dėl kitų įvykių ir kitu būdu, realiai padaryto poelgio priežastingumo nepašalina. Neleistina sugalvoti „rezervinių" priežasčių, galėjusių daryti tokį pat poveikį kaip ir konkretus poelgis. Faktinio įvykio buvimas nepasikeičia dėl to, kad galėjo, bet neįvyko kažkas kita (BGHSt 2, 20; 13; *Kühl*, AT §4, Nr. 11 ir toliau).

Pavyzdys. Norintį į užsienį pabėgti B iki pat lėktuvo persekioja A ir ten jį nušauna. Lėktuvas, į kurį B buvo nusipirkęs bilietą, pakilęs nukrinta į jūrą; nieko po šios nelaimės neišlieka gyvo. Priežastiniam ryšiui tarp A elgesio ir B mirties vėlesnė lėktuvo katastrofa neturi jokios reikšmės. Negali būti keliama klausimo, ar B būtų iš viso (kažkaip) miręs. Svarbu tai, ar konkretaus padarinio (= mirties) dėl šūvio nebūtų buvę, jeigu A nebūtų šovęs. Teisingai keliant klausimą, priežastingumas neabejotinas. B tokiu būdu ir tą akimirką be šio A poelgio nebūtų miręs.

161 b) Priežastinio ryšio buvimui patvirtinti pakanka to, kad poelgis buvo viena iš sąlygų padariniams atsirasti (RGSt 76, 82), arba to, kad dėl šio veiksmo padariniai atsirado greičiau (BGH NStZ 81, 218; 85, 26; StrVert 86, 59). *Pavyzdys*. Nužudomas mirtinai vėžiu sergantis ligonis. Tarpinių narių skaičius priežastinėje grandinėje nėra svarbus.

162 c) Priežastingumui nustatyti neturi reikšmės ir tai, kad padariniai atsirado greičiau dėl ypatingos nukentėjusiojo būsenos (RGSt 54, 349 – kraujo liga; BGH GA 1960, 111), ir kitokios netipiškos priežasčių sekos.

163 Priežastinio ryšio nepašalina nei paties nukentėjusiojo elgesys, pagreitinantis padarinių atsiradimą, nei neatsargus ar tyčinis trečiojo asmens įsikišimas į priežastinę seką (RGSt 61, 318; 64, 317 ir 370; BGH MDR 94, 82; apie civilinę teisę žr. BGH NJW 80, 223). Būtina yra tik tai, kad pradinė sąlyga išliktų iki pat padarinių atsiradimo. Tokia situacija susiklosto tada, kai paskesnę įtaką darantis asmuo pasinaudoja pradine sąlyga.

164 Teisingai šią situaciją suvokė Federalinis teismas (MDR 56, 526; *Dallinger*, §211, 212) „šūvio iš gailesčio" atveju: nužudęs du žmones A iš arti šovė į krūtinę X. Kai šis buvo paguldytas šalia kitų dviejų lavonų, prie jo, gargaliuojančio, priėjo B ir šovė į jį iš gailesčio. Federalinis teismas patvirtino, kad A ir B yra teisingai nuteisti už įvykdytą tyčinį

X nužudymą. A pripažinimą kaltu šis teismas teisingai grindė tuo, kad jo šūvis buvo B šūvio iš gailesčio priežastis, todėl ir A sukėlė X mirtį. B įsikišimas iš esmės nepaveikė A pradėtos priežastinės sekos.

165 Neteisingai priežastingumo klausimą Federalinis teismas išsprendė kitos bylos atveju (BGH NJW 66, 1823). Despotiškas vyras M ilgą laiką nežmoniškai terorizavo savo žmoną F ir podukrą S. Vieną dieną S sunkia keptuve iš už nugaros sudavė M daug smūgių per galvą. Kai M be sąmonės parkrito ant grindų, S iš karto nubėgo kviesti policijos. Tuomet atėjo F, paėmė keptuvę ir mažiausiai vieną kartą sudavė M per galvą. Ar šis poelgis pagreitino M mirtį, nustatyti nepavyko. Esant tokiai situacijai klausimo dėl S ir F bendrininkavimo nekilo, čia buvo tik prisidėjimas prie nusikaltimo (plg. Nr. 525). F naudai turėjo būti manoma, kad jos smūgis mirties nepagreitino, todėl ji galėjo būti kaltinama tik dėl kėsinimosi nužudyti. Vadovaujantis *in dubio pro reo* principu, S naudai turėjo būti manoma, kad F sudavė daug smūgių ir taip pagreitino M mirtį. Remdamasis tuo, Federalinis teismas padarė išvadą, kad ir S gali būti traukiama baudžiamojon atsakomybėn ne dėl baigto nužudymo, o tik dėl pasikėsinimo nužudyti, nes (remiantis šiais svarstymais) M mirties priežastis buvo ne S veiksmai, o F smūgiai (anksčiau nurodytoje vietoje, S. 1824). Tačiau tokiam požiūriui negalima pritarti, nes F pasinaudojo S sukelta situacija ir jos padarytais sužeidimais. Jeigu S nebūtų užpuolusi M, to nebūtų dariusi ir F. Priežastinis ryšys tarp S poelgio ir M mirties nepakistų ir tuo atveju, jeigu būtų nustatyta, kad M mirtį pagreitino F smūgiai (plačiau žr. *Hertel*, pastabos NJW 66, 2418; *Kion*, JuS 67, 449).

166 Apie „regreso uždraudimą" (plg. *Frank*, §1 III 2 a; *Jakobs*, ZStW 89, 1; Naucke, ZStW 76, 409) ar priežastinio ryšio nutrūkimas pagal vyraujančią nuomonę tokiais atvejais nepripažįstamas (plačiau žr. BGH NStZ 85, 24 Nr. 6; OLG Stuttgart JZ 80, 618; *Roxin*, Tröndle-Festchr. 177). Dėl priežastinio ryšio nutrūkimo galėtų būti svarstoma, jei trečiojo asmens įsikišimas būtų labai netikėtas bei neįprastas ir niekaip neprognozuotinas, ir tais atvejais, kai trečiasis asmuo, norėdamas pakenkti aukai, veikia savarankiškai (BGHSt 32, 262; BGH NStZ 85, 25), ar kai nukentėjusysis elgiasi labai neįprastai (pvz., dėl durtinės žaizdos į ligoninę patekęs nukentėjusysis miršta tik dėl to, jog nesutinka, kad jam būtų perpiltas kraujas; apie tai žr. *Burgstaller*, *Jescheck*-Festschr., S. 357, BGH NStZ 94, 394).

167 d) Kitaip priežastingumo klausimas turi būti sprendžiamas tuo atveju, kai pradinė sąlyga neveikia iki to laiko, kol atsiranda padarinių, ir todėl nuo pat pradžių toji sąlyga nėra priežastis. Taip yra tada, kai vėlesnis įvykis visiškai nepriklausomai nuo ankstesnės sąlygos sukuria naują priežastinę seką ir vien tik dėl jos atsiranda padarinių (plg. BGH NStZ 89, 431). Tokiu atveju pirmoji priežastinė seka nutrūksta dėl ją „aplenkusio" antrojo įvykio.

Pavyzdys. A sužino, kad jo sužadėtinė B apgaudinėja jį su C. A bando B nužudyti lėtai veikiančiais mirtinais nuodais, nepaliekančiais jokių pėdsakų. Dar nepradėjus nuodams veikti, ateina C (nes ir jis jaučiasi apgautas) ir nušauna B. Čia turime dvi „konkuruojančias" tos pačios krypties priežastines sekas, iš kurių pirmoji nedaro absoliučiai jokio poveikio, nes antras įvykis įvyksta greičiau. Kadangi C savo elgesio nesieja su A elgesiu, o veikia nepriklausomai ir pradeda naują priežastinę seką, tai A gali būti baudžiamas tik dėl pasikėsinimo nužudyti (RGSt 69, 44, 47).

168 e) Įrodinėjimo problemų, kylančių nustatant priežastinį ryšį, *Condicio* formulė (kaip ir dėsningos sąlygos teorija) išspręsti nepadeda.

Pavyzdys (pagal *Arthur Kaufmann*, Rb. Schmidt-Festschr., S. 211). Kalnuose brakonieriai A ir B beveik tą pačią akimirką, vienas apie kitą nežinodami, šauna į girininką F. Vienas šūvis pataiko F į galvą, o kitas – į širdį. Abu šūviai yra mirtini. Nustatyti, kuriam ir kuris šūvis priklauso bei kas iššovė pirmas, yra neįmanoma. Šioje situacijoje nei A, nei B negali būti įrodyta, kad jo šūvis buvo F mirties priežastis. Kadangi čia nėra bendrininkavimo (§25 II), todėl pagal *in dubio pro reo* principą manytina, kad abu šūviai buvo vėlesni – buvo pataikyta jau tada, kai F dėl kito šūvio jau buvo negyvas. Todėl A ir B gali būti traukiami baudžiamojon atsakomybėn trūkstant įrodymų tik už pasikėsinimą nužudyti.

169 4. Šalia ekvivalentiškumo teorijos, apibūdinamos *Condicio* ar dėsningos sąlygos formulėmis, garsių šalininkų baudžiamojoje teisėje turi ir civilinėje teisėje vyraujanti adekvatumo teorija (*Sauer*, *V.Hippel*, *Engisch*, *Maurach* ir kt.). Pagal ją priežastis teisine prasme yra tik veikos sudėčiai adekvati sąlyga.

Veikimas arba neveikimas – tai konkretaus padarinio „adekvati" sąlyga, kai ji labai (= pagal bendrą gyvenimo patirtį) padidina objektyvias galimybes padariniui atsirasti.

Adekvatus priežastinis ryšys neegzistuoja tada, kai padariniai atsiranda dėl netaisyklingos, netipiškos priežastinės sekos, t.y. dėl neįprasto aplinkybių sutapimo, kurio, remiantis kasdienio gyvenimo patirtimi, neįmanoma numatyti.

170 Pagal šią teoriją sprendimas turi būti motyvuojamas visomis aplinkybėmis, kurias veikos metu veikos padarymo vietoje buvo galima objektyviai nustatyti, ir kaltininkas, kaip protingas žmogus, jas galėjo numatyti; taip pat būtina atsižvelgti į kaltininko „ypatingas žinias" (vadinamoji objektyvi papildoma prognozė; plačiau žr. BGHZ 3, 261; 7, 198; *Maurach-Zipf*, AT §18, Nr. 32; *Wolter*, GA 1977, 257).

171 Teoriškai adekvatumo teorija silpna todėl, kad ji neteisingai kovoja su beribiu sąlygos teorijos platumu: adekvatumo teorija nepripažįsta priežastinio ryšio ten, kur iš tikrųjų paneigiamas atsakomybę pagrindžiančių aplinkybių reikšmingumas; ji neatskiria padarinių atsiradimo nuo jų inkriminavimo (apie tai kritiškai žr. BGH NJW 81, 983).

172 5. Priešingai negu adekvatumo, reikšmingumo teorija (*Mezger*, *Blei*) skiria padarinių sukėlimą ir objektyvų jų inkriminavimą, nors pagal galutinius rezultatus šios teorijos yra labai artimos. Nustatant priežastinį ryšį pagal vyraujančią nuomonę, adekvatumo teorija remiasi sąlygos (= ekvivalentiškumo) teorija. Nagrinėdama padarinių inkriminavimo klausimą reikšmingumo teorija remiasi (panašiai kaip ir adekvatumo teorija) priežastinės sekos svarba baudžiamajai teisei. Tokiu atveju priežastinėje sekoje kaip atsakomybę pagrindžiančios pripažįstamos tik veikos sudėčiai adekvačios sąlygos, nors gali būti atsižvelgiama ir į apsauginius normų tikslus bei atskirų baudžiamųjų veikų sudėtis.

Plačiau apie tai žr. *Blei* AT §18 IV, V; pagal dalykines išvadas panašiai *Bockelmann-Volk*, AT S. 63; *Ebert*, Jura 79, 561; *Jescheck*, AT §28 I, III, IV.

173 6. Teoriškai reikšmingumo teorija yra pranašesnė už adekvatumo teoriją dėl padarinių sukėlimo ir jų inkriminavimo. Kadangi ši teorija leidžia neteisėtos veikos sudėtyje atskirti atsakomybę ir dalykiškai spręsti inkriminavimo klausimus, tai jai (kaip

bazinei mokymo apie objektyvų inkriminavimą teorijai) teiktina pirmenybė. Tai patvirtina ir principinę reikšmę turintis Federalinis teismo sprendimas (BGHSt 11, 1). Nors jame ir daroma klaida (sprendžiant klausimą, ar būtų buvę galima išvengti dviratininko, ant kurio užvažiavo sunkvežimis, mirties, jei būtų buvę laikomasi reikalaujamo atstumo nuo kelkraščio) mąstymo procese terminologiškai vadovaujantis priežastinio ryšio modeliu, tačiau vertinant dalykiniu požiūriu, svarbu teisingai nustatyti, ar sąlyga (čia – per „siauras" plotas lenkti) yra svarbi padariniui, t.y. svarbi veikos sudėčiai (žr. *Roxin*, EsJ, atvejis 6, 11).

174 Pradiniu atveju visais įvykių raidos atvejais M sukūrė sąlygą, kuri (kartu su kitomis) sukėlė T mirtį. Jei M nebūtų T sužeidęs, nebūtų reikėję jo gabenti į ligoninę ir ten gydyti. T nebūtų nei uždusęs kelionės į ligoninę metu, nei žuvęs dėl avarijos, nei dėl žaizdos infekcijos, nei dėl palatoje kilusio gaisro.

Pagal sąlygos teoriją būtų galima rasti ir daug kitų padarinio priežasčių: visi asmenys, dalyvavę gaminant baudžiamojoje veikoje panaudotą peilį, kol jis pateko M, šioje begalinėje priežasčių grandinėje įnešė tam tikrą savo indėlį. Netgi M tėvai sudarė sąlygą T mirčiai, nes jeigu M nebūtų gimęs, jis nebūtų T sužeidęs, todėl nebūtų ir visų tolesnių įvykių.

175 Kaip tam tikrus padarinius lemiančios priežastys, visos šios sąlygos yra vienodai reikšmingos (ekvivalentiškos), nes be jų nebūtų ir mirties kaip padarinio. Tačiau iš šio priežastinio lygiavertiškumo neišplaukia teisinis lygiavertiškumas. Sprendžiant inkriminavimo klausimą, visų sąlygų svarba veikos sudėčiai turi būti ištirta atskirai.

II. Objektyvus poelgio padarinių inkriminavimas

176 Baudžiamosios teisės moksle visiškai aišku, kad sąlygos teorija yra per plati ir šiuo aspektu turi būti koreguojama nustatant konkrečias atsakomybės ribas. Nuomonės išsiskiria tik dėl klausimo, kaip apriboti atsakomybę (pirmiausia sisteminiu požiūriu).

177 Anksčiau vyravo nuomonė, kad baudžiamajai atsakomybei pagrįsti pakanka vien tik priežastinio ryšio tarp poelgio ir padarinių ir kad su sąlygos teorija susijęs atsakomybės išplėtimas turi būti pakoreguotas tik sprendžiant kaltės klausimą, ypač reikalaujant numatyti padarinius (RGSt 29, 218, 220; 56, 343, 348; *Baumann-Weber*, AT §17 III, IV; *Schlüchter*, JuS 76, 312).

Tačiau toks „kaltės koregavimas" nepasiteisina tuo atveju, kai padarinys yra neapskaičiuojamo ir nevaldomo atsitiktinumo rezultatas. Tokiais atvejais nelaimingas atsitikimas ir netiesa turi būti viena nuo kitos atriboti remiantis objektyviais kriterijais.

178 1. Baudžiamojoje teisėje, kurioje nustatytos griežtos sankcijos, esminis yra ne tik priežasties ir rezultato santykio klausimas, bet ir klausimas, ar socialiai žalingi padariniai, atsižvelgiant į žmogaus elgesio galimybes, gali būti inkriminuoti kaltininkui kaip „jo kūrinys".

179 Inkriminavimas baudžiamųjų ir teisės pažeidimų sistemoje atliekamas trimis pakopomis: padarius tyčines ar neatsargias veikas sprendžiama, ar jas galima laikyti atitin-

kamu poelgiu, nustatoma, ar poelgio padariniai atitinka neteisėtos veikos sudėties požymius ir sprendžiamas priešingo teisei įvykio kaltumo klausimas. Visoms minėtoms vertinimo pakopoms priskiriama vadovaujantis skirtingais kriterijais, kurie keičiasi pagal pakopas.

a) Poelgio atveju mums svarbu tai, ką žmogus, kitaip negu kitos gyvos būtybės, yra pajėgus padaryti. Inkriminavimo kriterijus čia yra „žmogaus galimybės".

b) Neteisėtos veikos sudėties atveju jau yra klausiama (siauriau), ką kažkas (gydytojas, sunkvežimio vairuotojas ir kt.) gali padaryti, būdamas socialinis kaltininkas, ir kokio elgesio iš jo reikalaujama. Inkriminavimo kriterijus – tai „kieno nors galimybės".

c) Inkriminuojant kaltę vadovaujamasi tik kaltininko konkrečiomis ir individualiomis galimybėmis, jo įgimtais gabumais ir sugebėjimais. Čia svarbu tik tai, ką gali padaryti konkretus asmuo, ir ar jis gali nepažeisti teisinio gėrio.

Plačiau apie tai žr. *Maihofer*, Eb.Schmidt-Festschr., S 156 ; *Arthur Kaufmann*, H.Mayer-Festschr., S. 79; *Hruschka*, Strafrecht, S.311 ir toliau. Kitą nuomonę žr. *A.Kindhäuser*, Gefährdung, S. 41 ir toliau, kai inkriminavimo modelis remiasi tuo, ar kaltininko elgesys gali būti suvokiamas kaip pareigos nevykdymas.

180 2. Objektyvaus inkriminavimo prielaidų teorija, esant netaisyklingai, netipiškai priežastinei sekai, baudžiamąją atsakomybę apriboja jau objektyvios neteisėtos veikos sudėties lygiu. Ši teorija bando nustatyti ribas remdamasi apsauginiais normų tikslais bei atsižvelgdama į galimybę numatyti veikos sudėtį atitinkančius padarinius ir galimybę jų išvengti, taip pat į tai, ar veikiant buvo galima kontroliuoti priežastinę eigą. Inkriminavimo klausimo sprendimas priklauso nuo to, ar kaltininkas sukūrė, ar padidino padarinių atsiradimo riziką.

Objektyvų inkriminavimą ar jo patvirtinimą (tiek tyčinių, tiek neatsargių veikų atvejais) lemia tai:

a) ar asmuo (vienas ar kartu su kitais) veikimu ar neveikimu sukelia veikos sudėtį atitinkančius padarinius (= priežastinio ryšio nustatymas);

b) ar šį elgesį galima buvo objektyviai numatyti ir jo išvengti (= sprendimas pagal adekvatumo teorijoje paminėtus „objektyviai papildančios prognozės" principus, kai atsižvelgiama į ypatingas kaltininko žinias);

c) ar pavojus, kurį kuria veikos sudėtį atitinkantys žalingi padariniai kaip adekvačios priežastinės sekos rezultatas, atsiranda dėl neteisėto kaltininko poelgio ar peržengus leistiną rizikos ribą. Būtent teisės normos tikslas kaip tik ir yra padėti išvengti šio pavojaus.

181 Tikrinant, ar yra sukeltas pavojus, svarbiausia išsiaiškinti tai, ar konkretūs padariniai išreiškė kaltininko elgesio neatitikimą pareigoms, t.y. elgesio pavojingumą, dėl kurio šis elgesys ir buvo draudžiamas. Tikrinama siekiant nustatyti pareigų pažeidimą ir atskleisti normų apsauginį tikslą. Laikino ar atsitiktinio padarinių atsiradimo dėl elgesio klaidos nepakanka. Pvz., naktį triukšmo pažadintas namo savininkas H, norėdamas užklupti įsilaužėlį E nusikaltimo vietoje, be šviesos lipo žemyn rūsio laiptais. H tamsoje suklupo, nukrito laiptais žemyn ir susilaužė koją. E negalima priskirti atsiradusių padarinių pagal §230, nors jo normoms prieštaraujantis elgesys ir buvo viena iš H susižalojimo priežas-

čių. E pareigų pažeidimas (§123, 242, 243 I Nr. 1) nėra susijęs su draudimu sukelti pavojų kito žmogaus gyvybei ar sveikatai. Tokį pavojų H sukėlė pats, ir rizika tamsoje nukristi bei susižeisti priklausė nuo jo paties. Kojos sužeidimas ir E įsibrovimas nebūtinai reiškia priešingumo pareigoms ir apsauginių tikslų ryšį (plg. *Stree*, JuS 85, 179, 183; SK-*Rudolphi*, Nr. 62-64 prieš §1; plačiau apie asmeninės atsakomybės principą žr. Nr. 187 ir toliau).

182 Inkriminavimas negalimas, kai rizika nėra įgyvendinta, o atsiradę žalingi padariniai visiškai netipiški, ir tada, kai įvykių eiga nebuvo įprasta gyvenimo patirties požiūriu ir todėl negalėjo būti numatyta. Analogiška situacija iškyla ir tada, kai padariniai atsiranda nepriklausomai nuo žmogaus valios, nėra sietini su normų apsaugos sritimi arba tada, kai ir dėl atitinkančio pareigas, rūpestingo elgesio neišvengiamai būtų atsiradę tų pačių padarinių (plg. BGHSt 11, 1).

183 Plačiau apie tai žr. OLG Hamm VRS 61, 353 ir 60, 38; OLG Stuttgart JZ 80, 618; *Ebert*, Jura 79, 561; *Erb*, JuS 94, 449; *Jescheck*, AT §28 IV; *Küper*, Lackner-Festschr., S. 247; *Roxin*, AT §11, Nr. 36 ir toliau; *Sch-Sch-Lenckner*, Nr. 91 ir toliau prieš 13; SK-*Rudolphi*, Nr. 57 ir toliau prieš §1; Triffterer, AT, S. 138; *Wolter*, GA 1977, 257 ir Grundfragen, 103.

184 Kritišką nuomonę žr. *Armin Kaufmann*, Jescheck-Festschr., S. 251; *Hirsch*, Festschr. Kölno universiteto 600-ųjų metinių proga, 1988, S. 399; Kühl, AT §4, Nr. 42; *Küpper*, Strafrechtsdogmatik, S. 83 ir toliau; *Lampe*, Gedschr., *Armin Kaufmann*, S. 189. Teiginys, kad iš tikrųjų tai tyčios klausimo (skirtumas tarp kaltininko sumanymo ir priežastinės eigos) ir veikos subjektyvios sudėties problema, nėra pagrįstas. Šis nepagrįstumas pasireiškia, kai kalbama apie normos apsauginius tikslus, atsakomybės ribas ir žalos padarymą sau savo paties veiksmais. Kitaip pasireiškia Frischo kritika (Zurechnung, S. 50 ir toliau). Pagal jį, jei saugomam objektui sistemingai sukeliamas teisės požiūriu neigiamas pavojus, tai jau mokymo apie veikos sudėtį atitinkantį elgesį nagrinėjimo dalykas. Inkriminavimo teoriją jis bando apriboti tik „realizavimo ryšio problematika“, nors ir pripažįsta (anksčiau nurodytas veikalas, S. 64), kad dėl to, ar tam tikras elgesys dėl susidariusios priežasčių sekos yra draudžiamas, konkrečioje situacijoje galima diskutuoti tik atsižvelgiant į padarinių inkriminavimą. Apie šį klausimų kompleksą žr. Nr. 154 ir toliau; *Hettinger*, JuS Lernbogen 1991, L 10, 25, 33, 49; NK-*Puppe*, Nr. 183 prieš §13; *Reyes*, ZStW 105, 108.

185 3. Diskusija apie anksčiau minėtus objektyvaus inkriminavimo principus šiuo metu dar yra labai aktuali. Ypač tai pasakytina apie mokslinę koncepciją, pagal kurią svarbiausias inkriminavimo kriterijus - tai rizikos padidinimo principas. Pagal šią koncepciją padariniai turi būti inkriminuojami tik priklausomai nuo to, ar kaltininko sukurta, ar padidinta rizika buvo realizuota darant žalą.

Šioje teorijoje labiausiai ginčytina yra tai, pagal kokius kriterijus gali būti konstatuotas rizikos padidėjimas, kai veikia *in dubio pro reo* principas, ir ar padarinių kilimo pavojus nustatomas jau tada, kai teisės normoms priešingas elgesys palyginti su leistina rizika padidino galimybes atsirasti padariniams. *Pavyzdžiai.* 1. Šiaurės jūros paplūdimyje B trukdo A mesti skęstančiajam E gelbėjimo ratą. E greitai nuskęsta. Dėl didelio atstumo tarp A ir E bei dėl stiprios srovės ir bangavimo negali būti atmesta galimybė, kad E vis tiek būtų nepasiekęs gelbėjimo rato, t.y. vis tiek būtų nuskendęs (plg. *Stratenwerth*, AT I, Nr. 225; prieš jo sprendimo metodą: SK-*Samson*, Nr. 27 a, §16 priede). 2. Dviratinin-

kas R žūva, nes sunkvežimio vairuotojas L jį lenkė ne pagal taisykles. Kadangi dviratininkas R buvo daug išgėręs (L to negalėjo pastebėti, be to, yra pagrindo manyti, kad R būtų patekęs po priekaba ir tuo atveju, jeigu L būtų jį lenkęs laikydamasis saugaus atstumo (plg. BGHSt 11, 1; plačiau žr. Nr. 673 ir toliau). Tokio pobūdžio atvejais pagal vyraujančią nuomonę vadovaujantis *in dubio pro reo* principu kaltininkas negali būti kaltinamas dėl kilusių padarinių, jei esama konkretaus pagrindo manyti, kad net jam elgiantis pagal nustatytas taisykles šie padariniai vis tiek būtų atsiradę. Rizikos padidėjimo teorijos šalininkai tokiais atvejais laikosi griežtesnės pozicijos. Jie pripažįsta *in dubio* principą, kai kyla abejonių nagrinėjant neaiškias bylos aplinkybes, t.y. tikrąją veikos situaciją (= pirmame pavyzdyje tai būtų atstumas tarp A ir E). Abejonės, susijusios su hipotetine įvykių eiga, pagal šią teoriją nėra aiškinamos kaltininko naudai (pvz., ar E būtų užtekę jėgų, atsižvelgiant į srovę ir bangavimą, pasiekti gelbėjimo ratą). Net tokiais abejotinais atvejais, kai manoma, kad padarinių atsiradimo tikimybė būtų buvusi mažesnė, jei kaltininkas būtų vykdęs savo pareigą, šios teorijos šalininkų nuomone, kaltininkui turi būti objektyviai inkriminuojami kilę padariniai. (*Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, S. 133 ir toliau; *Stratenwerth*, AT I, Nr. 225, 1028 ir toliau, plg. Jescheck, AT §55 II 28; *Otto*, NJW 80, 417; *Roxin* AT §11, Nr. 74 ir toliau; SK-*Rudolphi*, Nr. 65 ir toliau prieš §1; *Wolter*, Zurechnung 31, 334 ir toliau; apsiribodamas baudžiamaisiais teisės pažeidimais, padaromais veikimu: *Schünemann*, pastabos StrVert 85, 229).

186 Rizikos padidėjimo teorija, kuri tik iš dalies sutampa su vyraujančia objektyvaus inkriminavimo teorija, kritikuojama pirmiausia todėl, kad be aiškaus pagrindo per daug apriboja *in dubio pro reo* principą ir baudžiamuosius teisės pažeidimus, kuriais daroma žala teisiniams gėriams *contra legem* paverčia baudžiamaisiais teisės pažeidimais, kuriais keliama grėsmė tokios žalos atsiradimui (plačiau žr. *Baumann-Weber*, AT §17 III 4; *Dencker*, JuS 80, 210, 212; *Ebert*, Jura 79, 567, 572; *Jakobs*, AT 7/98 ir toliau; *Arthur Kaufmann*, Jescheck-Festschr. S. 273; *Krümpelmann*, GA 1984, 491; Sk-*Samson*, Nr. 26 ir toliau §16 priede; *Küper*, Lackner-Festschr., S. 247, 282; *Puppe*, ZStW 95, 287). Šios abejonės yra sunkiai pašalinamos (plačiai apie tai žr. OLG *Koblenz*. OLGSt §222 StGB, S. 63, 67; plg. BGHSt 37, 106, 127; BGH NStZ 87, 505). Atmetama dėl norminio požiūrio *Freund*, Erfolgsdelikt, 130.

187 4. Tais atvejais, kai darant sau žalą dalyvauja trečiasis asmuo, padarinių inkriminavimo apribojimai gali būti grindžiami pažeistos normos apsauginiais tikslais, asmeninės atsakomybės principu ir normose reglamentuotu atsakomybės atribojimu. Pvz., nužudymų ir kūno sužalojimų atvejais padariniai paprastai negali būti inkriminuoti trečiajam asmeniui, jei dėl jų sukėlimo kaltas pats nukentėjusysis, nes sąmoningai to siekė, o trečiasis asmuo tik sukurstė jį taip pasielgti, sudarė tam galimybes ar tokį elgesį skatino. Normų, kurios teisinio gėrio savininką turi apsaugoti nuo kitų asmenų kėsinimosi į jį (pvz., §212, 222, 223 arba §230), taikymo sritis baigiasi ten, kur nukentėjusysis pats atsako už savo veiksmus.

Nagrinėjant šiuos klausimus dabar pastebimas suartėjimas tarp teisinės praktikos ir teisės mokslo. Federalinio teismo sprendimuose BGHSt 32, 262 (= heroino injekcijų atvejis) ir NStZ 85, 25 (= dumaropių arbatos atvejis) yra išsakyta tokia pozicija: „Tas, kuris tyčia ar neatsargiai sukursto, padeda ar skatina asmenį padaryti žalą sau, o šis asmuo sąmoningai pats to nenori, negali būti baudžiamas už nužudymą ar kūno sužalojimą, jeigu toks asmuo pats realizuoja atsiradusią grėsmę jo sveikatai ar gyvybei. Laikantis normos apsauginių tikslų, baudžiamumas prasideda tik tada, kai kaltininkas, geriau žinodamas padėtį, labiau suvokia riziką nei nukentėjusysis“. Čia aiškiai pasakyta, kad jei trečiasis

asmuo tik dalyvauja tuo atveju, kai nukentėjusysis pats sąmoningai daro žalą sau, turi būti vadovaujamasi kitomis inkriminavimo taisyklėmis. Toks elgesys negali būti vertinamas kaip §216, 226 a nustatytas kito asmens sužalojimas jam prašant ar sutinkant. Veika atitinka §216, 226 a tik tada, kai pavojingus aukai veiksmus atlieka vien kitas asmuo (žr. taip pat BayObLG NStZ 90, 81 apie atvejus, kai kas nors sąmoningai pasiryžta be apsaugos priemonių lytiškai santykiauti su AIDS užsikrėtusiu asmeniu).

188 Apie tai plačiau žr. *Beulke/Mayer*, JuS 87, 125; *Dölling*, 188 pastabos JR 90, 474 ir 94, 520; *Otto*, Jura 84, 536; Tröndle-Festschr. S. 157; *Roxin*, pastabos NStZ 84, 411; *Stree*, JuS 85, 179; OLG Zweibrücken JR 94, 518 ir NStZ 95, 89. Kritiką žr. *Horn*, pastabos JR 84, 513. Plačiau žr. *Frisch*, NStZ 92, 1 ir 62; *Herzberg*, JA 85, 131; *Schumann*, Handlungsunrecht, S. 6 ir toliau.

189 Tai, kokiu mastu gali būti taikomas teismų praktikoje ir teisės literatūroje pripažintas asmeninės atsakomybės principas, kai auka pati sąmoningai padaro sau žalą, priklauso nuo kiekvienos konkrečios situacijos, kurią būtina kruopščiai ištirti. Kokių nors iki šiol taikytų principų sisteminių apibendrinimų nevertėtų atlikti.

Pagal BGHSt 37, 179 įstatymo dėl narkotinių medžiagų §29 III Nr. 3, 30 I Nr. 3 apsauginiai tikslai reikalauja riboti minėtą principą, nes šiose baudžiamosiose veikose į pakenkimo pačiam sau aspektą jau atsižvelgta jas reglamentuojant įstatyme ir todėl pagal įstatymų leidėjo valią su narkotikų vartojimu susiję padariniai turi būti inkriminuojami neribotai (pritaria *Otto*, Jura 97, 443; *Rudolphi*, pastabos J2 91, 572; *Weber*, Spendel-Festschr., S. 371; *Hohmann*, MDR 91, 1117). Federalinis teismas NStZ 84, 452 laikosi tezės, kad kitam heroiną perdavęs asmuo, §13 prasme, privalo imtis gelbėjimo veiksmų (pvz., pakviesti greitąją pagalbą), jeigu suvartojęs narkotikus asmuo praranda sąmonę ir kyla pavojus jo gyvybei (tai atmeta *Stree*, JuS 85, 179 su nuoroda, kad tokiu atveju esama tik pareigos padėti pagal §323 c). Asmuo, padarydamas nusikaltimą, pvz., padegdamas, sukelia didelį pavojų nukentėjusiojo ir jo artimųjų teisiniam gėriui, ir pagal §222 gali būti patrauktas baudžiamojon atsakomybėn, jeigu nukentėjusysis, nepaisydamas gresiančio pavojaus, nemėgina išsigelbėti ir žūva (BGHSt 39, 322; *Amelung*, pastabos NStZ 94, 338; NK-*Puppe*, Nr. 168, prieš §13; *Sowada*, JZ 94, 663; kritiką žr. *Alwart*, pastabos NStZ 94, 84; K.*Günther*, pastabos StrVert. 95, 78).

190 5. Taip pat galutinai neišaiškinta, ar (jeigu taip, tai kiek) rizikos sumažinimo kriterijus pašalina objektyvių padarinių inkriminavimą, kai kas nors savo įsikišimu (ar kartu su kitais prisideda) sušvelnina konkrečioje situacijoje galėjusius atsirasti padarinius.

Pirmiausia kyla klausimas, kada padarinių modifikavimas ir rizikos sumažinimas gelbėjant pasidaro reikšmingi jau veikos sudėties lygiu, atsižvelgiant į konkrečių padarinių objektyvų inkriminavimą ir kada (kokiais atvejais) į poelgio gelbėjimo tikslus būtina atsižvelgti kitu momentu, pvz., sprendžiant klausimą dėl priešingumo teisei bei aiškinantis, ar nėra atleidimo nuo baudžiamosios atsakomybės pagrindų (pvz., esant tariamam nukentėjusiojo sutikimui ar būtinajam reikalingumui kaip aplinkybėms, šalinančioms veikos priešingumą teisei).

191 Pirmasis sprendimo kelias turėtų būti pasirinktas tuomet, kai kas nors jau pradėtoje priežastinėje sekoje sumažina riziką sužeisti ar gresiančių padarinių apimtį apsaugo nuo trečiųjų asmenų neigiamo poveikio ar susilpnina kitų žalingų veiksnių poveikį ir kartu nesukelia kitokio pobūdžio pavojaus. *Pavyzdžiai*. 1. A užsimoja lazda, kad smogtų per galvą prieš jį einančiam B. Siekdamas B apsaugoti, R nukreipia smūgį taip, kad lazda pataiko B į petį, ir jis tik lengvai sužeidžiamas. 2. Nuo pastato krinta plyta. Už tai, kad plyta

pataiko B ne į galvą, o tik į ranką, reikia dėkoti R, kuris suskumba savo portfeliu uždengti B galvą ir taip nukreipia plytą. Tokio pobūdžio atvejais dažniausiai yra manoma, kad konkretūs padariniai, atsiradę kūno sužalojimo atveju, negali būti objektyviai inkriminuoti R, kaip sumažinusiam paprastąją riziką (nors įsikišimas ir sukelia padarinių), nes jo elgesys nesukėlė jokio priešingo teisei pavojaus B. Tokiai nuomonei reikia pritarti, nes baudžiamosios teisės normų prasme negali būti draudžiami poelgiai, kuriais siekiama bent sušvelninti teisinio gėrio pažeidimus ir sumažinti padarinių grėsmę (jei negalima visiškai užkirsti jiems kelio). Konkretūs, tam tikru poveikiu sušvelninti padariniai pasilieka užpuoliko A ar, tiksliau sakant, lemtingo atsitiktinumo „kūriniu" (plačiau apie tai žr. *Jescheck*, AT §28 IV 1; *Otto*, NJW 80, 417, 422; *Sch-Sch-Lenckner*, Nr. 94 prieš §13; SK-*Rudolphi*, Nr. 58 prieš §1).

192 Kitaip situacija turi būti vertinama tais atvejais, kai vienas asmuo nori apsaugoti kitą nuo jam gresiančio pavojaus ir todėl savo elgesiu šiam asmeniui sukelia kitą pavojų, dėl ko atsiranda žalingų padarinių, tokių kaip kūno sužalojimai ir pan. *Pavyzdžiai*. 1. Lazda apsiginklavęs A tyko B, norėdamas šį įprasto vakarinio pasivaikščiojimo metu smarkiai sumušti. R nori B apsaugoti šiam dar nepasiekus vietos, kurioje slepiasi A. R partrenkia B smūgiu į smakrą ir atima iš jo vieną batą. B nepatenkintas grįžta į namus ir taip apsaugomas nuo A užpuolimo. 2. R skuba į degančio namo viršutinį aukštą, kuriame yra mažas vaikas. Jis randa vaiką, ir tada išsigandęs pastebi, kad liepsna jam atkirto kelią atgal. R gali paskutinę minutę išgelbėti savo gyvybę – nusileisti lietvamzdžiu, tačiau negali kartu pasiimti vaiko, todėl meta jį apačioje stebinčiam ir gaudyti pasiruošusiam kaimynui. Vaikui lūžta raktikaulis, bet daugiau nieko nenutinka. Abiem atvejais R įsikišimas apsaugojo nuo sunkesnių padarinių – sunkių kūno sužalojimų ar net mirties. Taip pat neabejotina, kad konkrečius padarinius (sužeidimus) kėlė vien jo poelgiai ir todėl šie poelgiai su padariniais gali būti objektyviai R inkriminuoti kaip jo „kūrinys". Kadangi baudžiamoji teisė saugo ir pavojingoje gyvybei padėtyje esantį asmenį, todėl negalima neįvertinti R sukelto pavojaus vien dėl to, kad buvo siekiama apsaugoti nuo kito galbūt didesnio pavojaus, tai teisingas sprendimas turi būti rastas ne inkriminuojant padarinius, o kitais būdais. Smūgio į smakrą atveju patvirtinus, kad šie veiksmai atitinka §229 numatytą veikos sudėtį, būtina tikrinti, ar nėra pagrindo atleisti nuo baudžiamosios atsakomybės (galimas B sutikimas, §34 taikymas, taip pat būtina išsiaiškinti, ar R negalėjo apsaugoti B nuo A keliamo pavojaus kitu būdu). Gaisro atveju §223 numatyta veikos sudėtis nerealizuota, kadangi nėra tyčios (galima galvoti apie *dolus eventualis*, tačiau dėl R noro išgelbėti tai turi būti paneigta: plg. Nr. 216 ir toliau), nerealizuota ir §230 esanti veikos sudėtis - tai, kad vaikas numestas žemyn, negali būti laikoma pareigos rūpintis vaiku pažeidimu (plg. Nr. 667 ir toliau); esant būtinybei ir čia, pasirėmus §34, galima rasti teisingą sprendimą. Minėtų pavyzdžių atvejais nuo konkrečios situacijos aplinkybių priklauso, ar elgesys yra baudžiamas ir kuriame tikrinimo etape dėl to turi būti priimtas sprendimas (žr. *Otto*, NJW 80, 417; *Puppe*, ZStW 92, 863, 884; kitaip mano *Schnidhäuser*, AT 5/64, kuris dėl kitokio šių problemų visumos sisteminio supratimo kalba apie tariamą teisinio gėrio pažeidimą).

193 Apie normos apsauginius tikslus, kaip inkriminavimo kriterijų, plg. BGHSt 33,61 (greičio viršijimo atvejis); 21,59 (= dantų gydytojo atvejis); RGSt 63, 392 (= dviračio žibintų atvejis); OLG Hamm VRS 61, 353 (= greičio viršijimo atvejis) ir VRS 60,38 (= mokyklos autobuso atvejis). Su šia problema susijęs visuotinai pripažintas principas, kad norma turi saugoti ne nuo bet kokio, konkrečioje situacijoje su jos pažeidimu susijusio, kėsinimosi, o tik nuo tų žalingų padarinių, kuriuos uždrausti ji ir yra skirta bei tinkama. Žr. NK-*Puppe*, Nr. 214 ir toliau prieš §13; *Roxin*, Gallas-Festschr., S. 241; *Rudolphi*, JuS 69, 549; *Schlüchter*, JuS 77, 104, 106; plačiau žr. Nr. 673. Kritiką apie apsauginių tikslų teoriją žr. *Frisch*, Zurechnung, 80.

194 6. Taikant jau minėtus inkriminavimo kriterijus galima rasti tinkamą sprendimą žinomoje situacijoje, kai vienas asmuo smarkiai griaudžiant kitą asmenį išsiunčia į lauką, norėdamas, kad pastarąjį nutrenktų žaibas. *Baumann-Weberio* (AT §17 II 4a) nuomone, atsiradus norimiems padariniams priežastingumo nėra, pagal juos tai išimtinis atvejis, tačiau tai nėra suderinama su sąlygos teorija, kuriai jie atstovauja. Kiti neigia tyčios nužudyti buvimą, nes nėra „įgyvendinimo valios" (*Welzel*, Lb §13 I 2; panašiai mano *Hettinger*, JuS-Lernbogen 1990, L 73). Pagal čia atstovaujamą požiūrį, priežastingumas tarp poelgio ir padarinių yra, bet objektyviai inkriminuoti padarinių (= mirties nuo žaibo) negalima, nes šiuo atveju padarinių atsiradimas priklauso nuo žmogaus nevaldomų ir neapskaičiuojamų gamtos jėgų bei nuo teisinio gėrio savininko elgesio, kuriuo jis sąmoningai sukelia sau pavojų (plg. BGHSt 32, 262; skiria: *Otto*, Maurach-Festschr. S. 99).

195 Panaši situacija, kai sūnėnas įkalba dėdę, kurio turtą turi paveldėti, skristi į kelionę lėktuvu. Lėktuvui nukritus, dėdė žūva, t.y. įvyksta tai, ko sūnėnas ir tikėjosi. Atsižvelgiant į šiuolaikinį technikos lygį, patarimas skristi lėktuvu nesukuria jokio teisiškai smerktino pavojaus, peržengiančio leistinos rizikos ribas ir pažeidžiančio galiojančias taisykles (plg. *Jescheck*, AT §28 IV 3; *Roxin*, Klug-Festschr., S. 303, 310). Jeigu lėktuve būtų buvusi paslėpta bomba su laikrodiniu mechanizmu, ir sūnėnui ši aplinkybė būtų buvusi žinoma, tai nukritus lėktuvui, atsižvelgiant į sūnėno „ypatingas žinias" ir su jomis susijusį priežastinės eigos valdymą, jam objektyviai turėtų būti inkriminuojami padariniai.

196 Teismų praktikoje buvo tik keli atvejai, kai, pasitelkus baudžiamosios teisės objektyvaus inkriminavimo kriterijus, atsakomybė buvo apribota netiesos lygiu (plg. BGHSt 32, 262 ir BGH NStZ 85, 25 apie trečio asmens dalyvavimą, kai pats nukentėjusysis sąmoningai sukuria sau grėsmę; BGHSt 11, 1 dėl §222; BGH JZ 85, 293 dėl §230; BGH NJW 71, 152 dėl §226; Plačiau žr. *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, S. 159; *Wessels*, BT/1, Nr. 277 ir toliau su kitomis nuorodomis). Tyčinių baudžiamųjų teisės pažeidimų atveju teismų praktika inkriminavimo problemą dažniausiai sprendžia atsižvelgdama į tyčią (= klaida dėl priežastinės eigos: BGHSt 7, 325; 14, 193; plg. Nr. 258 ir toliau), plačiai pasinaudodama adekvatumo koncepcija (kritiškai apie tai *Schmoller*, ÖJZ 82, 449, 487; *Wolter* ZStW 89, 649).

197 Civilinėje teisėje objektyvaus inkriminavimo teorija, priešingai negu baudžiamojoje teisėje, yra seniai pripažinta. Apie tai žr. BGHZ 27, 138; 57, 137; OLG München DAR 85, 80 su tokiu apibendrinimu: „Kadangi esant inkriminavimui pagal adekvatumo formulę pareiga atlyginti nuostolius nesiejama tik su labai netikėtais padariniais, vien pagal šią formulę, pagal adekvatumo kriterijus negalima tinkamai atriboti inkriminuotinų žalingų padarinių, todėl būtina dar papildomai tikrinti ir visa tai įvertinti. Tarp atsakomybę lemiančio įvykio ir padarinių dar papildomai turi būti nustatytas priešingumo teisei ryšys. Jis egzistuoja tik tada, kai žala, kurią siekiama atlyginti, savo pobūdžiu ir atsiradimo būdu yra susijusi su pažeistos normos apsauginiais tikslais. Ši žala turi būti suprantama kaip grėsmės realizavimo padarinys, būtent tos grėsmės, dėl kurios, siekiant užkirsti jai kelią, ir buvo priimta pažeistoji norma.

198 7. Pradiniu atveju M sukeltas T pavojus gyvybei 6a ir 6c variantuose (= mirtis uždusinus ir dėl žaizdos infekcijos) realizavosi konkrečiais galutiniais veikos padariniais.

Nors padaryta durtinė žaizda nebuvo pavojinga T gyvybei, dėl kilusių komplikacijų įvykis baigėsi mirtimi. Asmuo, sužalojęs kitą asmenį, iš principo atsako ir už visą vėliau dėl to atsiradusią žalą, net ir už trečiųjų asmenų klaidas (šiuo atveju - nepakankama priežiūra T vežant į ligoninę), jeigu jos yra susijusios su anksčiau buvusia priežastimi ir nėra visiškai nutolusios nuo to, ką galima numatyti įprastai plėtojantis įvykiams ir remiantis bendra gyvenimo patirtimi (plg. BGHZ 3, 261; 25, 86; BGHSt 3, 62; OLG Stuttgart J2 80, 618). Nėra labai neįprasta tai, kad nukentėjusysis, netekęs kraujo, netenka sąmonės, o būdamas be sąmonės ima vemti (alkoholis čia irgi daro poveikį) ir uždūsta skrandžio turiniui patekus į kvėpavimo takus. Tai dar galima numatyti (plg. BGHSt 24, 213). Tas pat pasakytina ir apie durtinės žaizdos infekciją (plg. RGSt 70, 257, 259). Dėl jos kilusi T mirtis kaip šios mirties kaltininkui objektyviai inkriminuojama M. Todėl 6a ir 6c atvejais M turi būti kaltinamas dėl padaryto baigtinio tyčinio nužudymo.

199 Kitoks sprendimas turi būti priimamas 6b ir 6d atvejais. Šis atvejis baigėsi mirtimi dėl visai neįprastos, netipiškos įvykių eigos. Konkretus padarinys kilo ne dėl pavojaus, atsiradusio M dūrus peiliu, o visai dėl kitos rūšies rizikos, kuri realiai neturėjo jokio ryšio su M poelgiu.

Pavojus (priklausantis bendram rizikos veiksniui) tapti eismo įvykio ar apsinuodijimo dūmais (dėl gaisro kambaryje) auka nebuvo nei sukurtas, nei iš esmės padidintas peilio dūriu. Esant įprastai įvykių eigai ir remiantis kasdiene gyvenimo patirtimi, paprasčiausiai yra neįtikėtina, kad poelgis sužeidžiant gali sukelti tokios rūšies žalingų padarinių. Todėl „mirtis avarijos metu" turi būti priskirta ne dūrusiam peiliu M, o sunkvežimio vairuotojui L, kaip „jo veiklos padarinys"; M gali būti traukiamas atsakomybėn tik dėl pasikėsinimo nužudyti. Tas pat taikytina ir mirties apsinuodijimo dūmais atveju: čia padariniai turi būti inkriminuoti gaisro kambaryje kaltininkui, kaip „jo veiklos kūrinys" (žr. *Frisch*, Zurechnung, S. 386 ir toliau).

Jei teismai 6c ir 6d atvejais atsižvelgtų į realios priežastinės eigos nukrypimą nuo įsivaizduotos, tai §16 I 1 būtų aiškinami M naudai ir taip veikos sudėtyje būtų paneigtas konkrečių padarinių „subjektyvus inkriminavimas", o galutinį rezultatą gautų tokį pat.

200 Nuorodos pratybų darbams. Tyčinių, veikimu padarytų baudžiamųjų teisės pažeidimų atvejais specialių inkriminavimo prielaidų praktinė reikšmė yra daug mažesnė negu neatsargiai padarytų baudžiamųjų teisės pažeidimų atveju (plg. Nr. 673 ir toliau). Jeigu pirmais dviem atvejais nė mažiausių abejonių nekyla dėl padarinių objektyvaus inkriminavimo, pratybų darbuose, nustačius priežastinį ryšį, pakaktų trumpo konstatavimo, kad „nėra pagrindų, kurie trukdytų objektyviai inkriminuoti konkrečius padarinius".

§7. SUBJEKTYVI NETEISĖTOS VEIKOS SUDĖTIS. TYČIA ARBA KLAIDA VEIKOS SUDĖTYJE IR SUBJEKTYVUS INKRIMINAVIMAS

201 Septintasis atvejis. a) Tuo metu, kai kaimo gyventojai dalyvauja parapijos šventėje, E padega savo lauko daržinę su šiaudais. Tai jis padaro norėdamas gauti draudimo sumą ir taip išvengti jį kamuojančių kalbų, esą jis „finansiškai žlugęs", jo ūkis - apleistas. Ug-

nyje žūva valkata L, kuris E leidus kartais nakvodavo daržinėje, o gaisro dieną girtas anksčiau grįžo iš parapijos šventės.

Ar E tyčia nužudė L, jeigu jis žinojo ar bent galėjo numanyti, kad L tuo metu yra daržinėje?

b) Brakonierius W, prisiekęs kruvinai atkeršyti girininkui F, tyko girininko pasaloje prie jo medžioklės trobelės. W nušauna F medžioklės svečią J, kurį tamsoje palaikė F.

Kokių teisinių padarinių sukelia W klaida?

c) Ar keisis veikos kvalifikavimas, jei W šauna į F, bet nepataiko, o nušaunamas medžioklės trobelėje prie stalo sėdintis J?

d) Kaip kvalifikuoti W veiką, jeigu W būtų šovęs į F miško ežero pakrantėje, sužeistą F būtų palaikęs mirusiu ir tariamą lavoną nuskandinęs ežere, tačiau būdamas be sąmonės, F būtų miręs tik vandenyje (prigėręs).

I. Subjektyvūs neteisėtos veikos sudėties požymiai

202 1. Tyčinių baudžiamųjų teisės pažeidimų atveju tyčia veikos sudėtyje nurodo poelgio kryptingumą ir tikslą. Tyčia, kaip neteisėto poelgio vidinė pusė, yra bendras subjektyvios neteisėtos veikos sudėties požymis ir pagrindas subjektyviam veikos sudėtį atitinkančių padarinių inkriminavimui.

Baudžiama tik už tyčinius poelgius, jeigu įstatymas tiesiogiai nenustato bausmės, ir už neatsargius poelgius.

203 Kitaip nei 1962 m. projekte, kurio §16-18 redakcijoje buvo pateikti tyčios, ketinimo, sąmoningumo, neatsargumo ir lengvabūdiškumo apibrėžimai, naujas BK tokių sąvokų nepateikia, nes nenori teismų praktikoje įtvirtinti dabartinio šių sąvokų supratimo (plačiau apie tai žr. *Roxin* JuS 73, 197). §16 kalba tik apie atvirkštinę tyčios pusę, klaidą dėl faktinių bylos aplinkybių, priklausančių įstatyme numatytai veikos sudėčiai, ir apie klaidingą manymą, kad yra atsakomybę švelninančių privilegijuotos veikos sudėties požymių. Kokie požymiai priklauso tik tyčiai, §16 nereglamentuoja. Pagal vyraujantį požiūrį, tyčia, kaip psichinė elgesio savybė, yra siekimas realizuoti baudžiamosios veikos sudėtį, suvokiant visas objektyvias veikos aplinkybes (rekomenduotina skaityti BGHSt 19, 298). Kalbiniu požiūriu netiksli, bet iš esmės tą pačią prasmę atskleidžianti įprasta trumpa formulė – „žinojimas ir norėjimas realizuoti veikos sudėtį“. Bet kuriuo atveju esmė yra ta, kad tyčia veikos sudėtyje apima norėjimo ir žinojimo elementus (BGH NStZ 88, 175; BGHSt 36,1).

204 Dalis teisės mokslininkų, priešingai teismų praktikai ir vyraujančiai nuomonei, atmeta voliuntaristinę tyčios sampratą (*Frisch*, Vorsatz und Risiko, S. 255 ir toliau; *Herzberg* JZ 88, 573; *Kindhäuser*, ZStW 96, 1 ir Gefährdung, S. 94; *Schlehofer*, NJW 89, 2017; *Schmidhäuser*, Oehler-Festschr., S. 135 ir AT 7/38; *Schumann*, JZ 89, 427). Kritiką žr. *Hruschja*, Stafrecht., S. 197, 434 ir toliau; prieštaraujama dėl to, kad žinojimas ir norėjimas negali egzistuoti kartu lygiaverčiai, nes kiekvienas, žinantis, ką daro, nori tai daryti.

205 Čia paminėta tradicinės tyčios sąvokos kritika nėra įtikinama. Valios elemento tyčioje negalima atsisakyti vien todėl, kad kitaip neįmanoma teisingai atriboti netiesioginės tyčios nuo sąmoningo neatsargumo. Žmogus gali numatyti žalingų padarinių atsiradimo galimybę kaip jo elgesio rezultatą, bet tokių padarinių jis gali ir nenorėti, nes asmuo, tvirtai tikintis, kad viskas bus gerai ir jam pavyks nepadaryti žalos kitam, padarinių nenori, nors jie netikėtai ir atsiranda. Nereikėtų pritarti vadinamajai numatymo teorijai, pagal kurią netiesioginės tyčios atveju pakanka tik numatyti padarinių atsiradimo galimybę. Ši teorija per daug išplečia tyčią veikos sudėtyje, esant sąmoningam neatsargumui (plačiau apie tai žr. *Brammsen*, JZ 89, 71; *Küpper*, ZStW 100, 758; *Prittwitz*, StrVert 89, 123; *Spendel*, Lackner-Festschr., S 167; plg. Nr. 216 ir toliau).

206 „Veikos padarymas", t.y. veikos sudėtį atitinkančio poelgio įvykdymas - tai tas momentas, nuo kurio veikos sudėtyje prasideda tyčia (plg. BGH NStZ 83, 452; StrVert 86, 95; BayObLG VRS 64, 189).

Vėliau gautos žinios (vadinamosios *dolus subsequens*) veikos darymo metu nepakenkia nežinančiam ir patikliam kaltininkui. Antra vertus, kaltininko nuo atsakomybės neatleidžia ir atsisakymas nuo savo ketinimų pabaigos daryti veiką, net jei padarinių dar ir neatsirado. Pvz., kaltininko veika vis tiek bus vertinama kaip tyčinis įžeidimas, net jei kaltininkas, išsiuntęs įžeidžiantį laišką, nesėkmingai bando sutrukdyti pristatyti šį laišką adresatui (instruktyviai apie tai žr. RGSt 57, 193; plg. *Herzberg*, Wegfall subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen vor Vollendung der Tat, Oehler-Festschr. S. 163).

Kokią reikšmę turi tyčios pasikeitimas veikos darymo metu, apibendrintai atsakyti neįmanoma. Šį klausimą kiekvienu konkrečiu atveju būtina spręsti savarankiškai (plačiau apie tai žr. *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierung bei abweishenden Tatverlauf. 1971, S. 5 ir toliau; BGHSt 22, 350).

207 2. Pagal atskiras baudžiamąsias nuostatas prie tyčios dažnai „prisijungia" ir kitų požymių, pvz., vagies ketinimas pasisavinti ar sukčiaus ketinimas praturtėti – šie ketinimai parodo tipišką veikos elgesio žalingumą ir yra vienas iš poelgio neteisėtumą lemiančių požymių. Pagal bendrą požiūrį, tokio pobūdžio subjektyvus ir neteisėtumo elementas yra subjektyviosios neteisėtos veikos sudėties sudedamoji dalis; kaip savarankiško pobūdžio požymiai jie yra šalia tyčios veikos sudėtyje (plačiau apie tai žr. *Jescheck*, AT §30).

Septintu a atveju E, sukėlęs gaisrą, realizuoja piktnaudžiavimo, susijusio su draudimu (§265), objektyviąją veikos sudėtį. Yra realizuota ir subjektyvioji §265 veikos sudėtis, kuriai be tyčios priklauso ir įstatyme numatyti E „apgaulingi ketinimai", kaip savarankiškas subjektyvus ir veikos sudėties požymis (žr. *Wessels*, BT/2, Nr. 623).

208 3. Tai rodo, kad ne visų baudžiamųjų teisės pažeidimų atvejais objektyvioji ir subjektyvioji veikos sudėtys sutampa būtent taip, kad subjektyvioji veikos sudėtis nuolat būtų objektyvios veikos sudėties veidrodinis atspindys kaltininko vaizduotėje. Ypač ketinimui pasisavinti §242, 249 ir ketinimui praturtėti §253, 259, 263 objektyvioji veikos sudėtis neturi atitikmenų. Visiškai sutapti turi tik objektyvioji neteisėtos veikos sudėtis ir tyčia veikos sudėtyje, nes pagal §16 I 1 objektyvioji neteisėtos veikos sudėtis yra tik tada, kai tyčia apima visas įstatyme aprašytąsias aplinkybes (plg. BGHSt 36, 221). Tačiau ir čia reikalavimas sutapti ne visada realizuojamas, nes

pagal vyraujančią nuomonę, remiantis *ratio legis*, tam tikrais atvejais tyčiai keliama papildomų reikalavimų, kurie išeina už minėto būtino sutapimo su objektyviąja neteisėtos veikos sudėtimi ribų.

209 Taip bendrininkavimo atveju objektyviajai veikos sudėčiai pakanka kurstymo (§26) ar padėjimo (§27), kad pagrindinė veika (pvz., vagystė, plėšimas ar apgaulė) pasiektų baudžiamojo pasikėsinimo stadiją. Tačiau subjektyviu požiūriu, kurstytojo ar padėjėjo tyčios buvimas priklauso nuo to, ar bendrininkas numato, ar ketina pasiekti daugiau nei jau objektyviai padaryta, t.y. užbaigti pagrindinę veiką (žr. Nr. 572, 584). Panašiai yra ir kurstymo duoti melagingus parodymus (§160) atveju, kai pagal vyraujantį požiūrį baudžiamoji nuostata dėl jos papildančios funkcijos apima tik tuos atvejus, kai negali būti baudžiama už kurstymą ar pasikėsinimą sukurstyti. §160 numatytas baudžiamasis teisės pažeidimas laikytinas baigtu ir tuo atveju, kai sukurstytas asmuo, priešingai negu įsivaizduoja kurstytojas, duoda melagingus parodymus ne pats tikėdamas tuo, ką sako, o meluodamas tyčia. Pagal šį požiūrį §160 numatytai objektyviajai veikos sudėčiai pakanka (šalia poveikio kito valiai), kad būtų duodami objektyviai neteisingi parodymai; esant kurstymui tyčia pagal *ratio legis* turi būti paremta numatymu ir ketinimu taip paveikti kurstomą asmenį, kad jis, tikėdamas, ką sako (= netyčia), duotų melagingus parodymus (plačiau apie tai žr. BGHSt 21, 116; *Sch-Sch-Lenckner*, §160, Nr. 1, 8; Sk-*Rudolphi*, §160, Nr. 4, 7; *Wessels*, BT/1, Nr. 762 ir toliau; apie priešingą požiūrį žr. *Gallas*, Engisch-Festschr. S. 600; *Hruschka*, JZ 67,210). Šių labai ribotų išimčių pagrindu ką nors apibendrinti yra neįmamoma.

II. Tyčios veikos sudėtyje pasireiškimo formos

210 Valiniu aspektu pagal kaltininko valios santykį su veikos sudėties realizavimu galima skirti tris tyčios pasireiškimo veikos sudėtyje formas: ketinimą, tiesioginę ir netiesioginę (eventualią) tyčią.

211 1. Ketinimas (kaip aukštesnė tiesioginės tyčios forma) būna tada, kai kaltininkas tiesiogiai siekia, kad atsirastų veikos sudėtyje numatytų padarinių arba siekia sukurti aplinkybes, kurių įgyvendinimas pagal įstatymą siejamas su konkrečiais ketinimais (plg. BGHSt 16, 1; 18, 246; 21, 283). Kaip ketinimas turi būti suprantama valia, nukreipta pasiekti tam tikrą rezultatą, be to, ji gali būti ir poelgio paskata (= motyvas), bet šis tapatumas nėra būtinas. Todėl abstrakčiai mąstant turi būti skiriami: kaltininko tikslų įsivaizdavimas ir elgesio paskatos ar motyvas (tiksliau žr. BGH GA 1985, 321; *Jescheck*, AT §29 III 1 a; kitą nuomonę žr. *Baumann-Weber*, AT §26 III 2 a).

Septintu a atveju E ketino padegti daržinę ir gauti draudimą. Tai buvo jo poelgio tikslas, bet ne motyvas. Veikos padarymo paskata (= motyvas) – tai E noras išsaugoti tariamai įžeistą garbę bei paneigti nuomonę, kad jis yra finansiškai žlugęs.

Siekiamas rezultatas nebūtinai turi būti galutinis kaltininko tikslas; pakanka, kad šio padarinio siekiama kaip „artimo tikslo“, kuris savo ruožtu padės pasiekti „tolimą tikslą“. Septintu atveju E ketino ne tik gauti draudimo sumą (= galutinis tikslas), bet ir padegti daržinę (= tarpinis tikslas), nes tik taip galėjo pasiekti norimą galutinį rezultatą.

Jei kaltininkas siekia padarinių, nėra svarbu tai, ar jis įsitikinęs veikos sudėties realizavimu, ar tik numato tokią galimybę. Federalinis teismas (BGHSt 21, 283) taikliai nurodo, kad padarinys, kurio kaltininkas siekia atlikdamas veiksmą, visada yra tik numatomas, nepriklausomai nuo to, ar kaltininkas įsitikinęs veikos padarymu, ar tik numato jos galimybę, ar jis to nori, ar savyje dėl to gailisi. Tuo atveju, kai nėra žinoma, ar atsiras padarinių, būtina, kad kaltininkas apskritai galimybę jiems atsirasti sietų su konkrečiu įvykiu (*Roxin*, AT §12, Nr. 8; *Welzel*, LB, 66).

212 Su ketinimu kaip tyčios forma negalima tapatinti kai kuriose baudžiamosiose nuostatose minimų ypatingų ketinimų (pvz., ketinimas pasisavinti §242 arba ketinimas praturtėti §253, 259, 263). Šie ketinimai – tai savarankiško pobūdžio subjektyvūs veikos sudėties požymiai, bet apie juos gali būti pasakyta tas pat, kaip apie tikslus ir apie tyčios formą (plg., pvz., BGH NStZ 92, 540). Taip §242 minimas „ketinimas" sietinas tik su svetimo daikto „pasisavinimu"; ir priešingai, kad būtų objektyvus priešingumas teisei, pakanka paprastos tyčios (= *dolus directus* arba *dolus eventualis*): RGSt 49, 140; 55, 257; *Wessels*, BT/2 Nr. 190.

Įstatyme vartojamas terminas „ketinimas" ar tokią pat reikšmę turintis teiginys „siekiant, kad" turi ne tą pačią prasmę, todėl jų reikšmę kiekvienu konkrečiu atveju būtina išsiaiškinti atskirai (plg. BGHSt 9, 142; 13, 219).

213 2. Tiesioginė tyčia (= *dolus directus*) yra tada, kai kaltininkas žino arba garantuotai numato, jog savo poelgiu realizuos įstatyme numatytą veikos sudėtį. To pakanka, jei asmuo, nors ir žinodamas ar numatydamas, bet ėmė valingai veikti, tuomet tyčia apima visa, ką jis įsivaizduoja kaip būtiną ar neišvengiamą jo poelgio padarinį, nors vieno ar kito veiksmų padarinio jis galėjo ir nenorėti (plg. BGHSt 21, 283; *Maurach-Zipf*, AT §22, Nr. 15).

Septintu a atveju nužudymas bus pripažintas padarytu esant tiesioginei tyčiai, jei E, sukeldamas gaisrą, žinojo, kad L yra daržinėje, nes tada E numatė L mirtį kaip neišvengiamą gaisro padarinį.

214 3. Netiesioginė tyčia (= *dolus eventualis*) esti tuomet, kai kaltininkas mano esant visiškai įmanoma, kad jo elgesys garantuos, jog bus įvykdyta įstatymo numatyta veikos sudėtis, ir su tuo susitaiko.

215 *Dolus eventualis* dar yra vadinama „sąlygota tyčia". Šis terminas yra nevykęs, nes kiekvienos veikos sudėties tyčios būtina prielaida yra besąlygiška poelgio valia. „Sąlygotas norėjimas", kaip vidinio neapsisprendimo išraiška visiškai nėra jokia tyčia (RGSt 65, 145; 68, 339; 70, 201). Ir priešingai, tyčios buvimą būtina įrodyti, kai kaltininkas yra tvirtai apsisprendęs padaryti veiką, nors jos padarymą ir sieja su tam tikrų aplinkybių atsiradimu (pvz., A yra nusprendęs nušauti N, jeigu N iškviestų jo nuotaką kitam šokiui), plg. BGHSt 5, 149, 152; 21, 14, 17; *Less*, GA 1956, 33; *W.Schmid*, ZStW 74, 48.

216 Labai ginčytinas yra netiesioginės tyčios atribojimo nuo nusikalstamo pasitikėjimo klausimas. Abiem atvejais kaltininkas supranta, jog egzistuoja įstatyme nurodytos aplinkybės ir jo elgesys gali sukelti veikos sudėtyje numatytų padarinių. Skirtumas tik tas, kad kaltininkas šiuos padarinius *dolus eventualis* atveju priima ir susitaiko

su galimybe realizuoti veikos sudėtį, o nusikalstamo pasitikėjimo elgesio atveju jis tikisi, kad neatsiras tam tikros veikos aplinkybės arba kad išvengs padarinių.

217 Pagal galimybės teoriją *dolus eventualis* bus tada, kai kaltininkas suvokė, jog yra konkreti galimybė pažeisti teisinį gėrį, tačiau nepaisė to ir vis tiek veikė (*Jakobs*, AT 8/21 ir toliau; *Schmidhäuser*, JuS 80, 214; *Otto*, pastabos NJW 79, 2412; panašiai mano *Morkel*, NStZ 81, 176). Ši nuomonė yra atmestina, nes pagal ją tyčia per daug išplečiama nusikalstamo pasitikėjimo sąskaita ir yra paremta fikcija, jog tvirtas nusiteikimas veikai būtinai parodo apsisprendimą pažeisti suvoktą teisinį gėrį. Pirmiausia galimybės teorijoje nesuvokiama, kad tyčiai svarbu ne tik žinojimas, bet ir norėjimas ir tai, kokie motyvai kaltininką verčia laikytis apsisprendimo atlikti veiksmus (= sąmoningas susitaikymas su padarinių tikimybe ar tikėjimas, kad gresiančių padarinių įmanoma išvengti). Automobilio vairuotojas, norėjęs laiku atvykti į darbą, skuba ir siaurame kelyje, rūke lenkdamas sunkvežimį, mirtinai sužaloja priešinga kryptimi važiuojantį dviratininką ar motociklininką. Be jokių abejonių, kad jis suvokė tokio susidūrimo konkrečią galimybę (= pavojų); kitoks interpretavimas būtų negyvenimiškas. Lygiai taip pat būtų neteisinga akivaizdų vairuotojo lengvabūdiškumą laikyti tyčia dėl sužeidimo ir vairuotoją (išskyrus §315 c) bausti už nužudymą, o ne už neatsargų nužudymą vien tik dėl to, kad jis „vis dėlto veikė" ir nerūpestingai lenkė. Kad išvengtų tokių galimybės teorijos išvadų, Schmidhäusseris (anksčiau minėtas darbas, S. 245) pagal poreikį griebiasi fikcijos, t.y. prielaidos, kad lenkimo momentu konkretų pavojų buvo galima suvokti. Tačiau toks pagrindimas nėra įtikinamas. Svarbu gali būti tik tai, ar automobilio vairuotojas lenkdamas suvokė pavojų, „tikėjo gera baigtimi" ir manė, jog autoavarija neįvyks, ar, pvz., kaip sprunkantis banko plėšikas norėjo judėti į priekį „nekreipdamas dėmesio į jokius nuostolius", o vien pabėgti nuo persekiotojų ir išvengti sulaikymo (plg., BGH JZ 81, 35; VRS 59, 183 ir 64, 112; NStZ 84, 19). Abiem atvejais kaltininko vidinis nusiteikimas dėl teisiškai saugomų vertybių yra labai skirtingas (vienu atveju – nerūpestingumas ir lengvabūdiškumas, kitu – abejingumas ir aiškus savanaudiškumas), ir dėl to šiais dviem atvejais elgesys turi būti skirtingai teisiškai vertinamas.

218 Už galimybės teoriją daug siauresnė yra tikimybės teorija, pagal kurią *dolus eventualis* yra tada, jei kaltininkas tikėjo, kad teisinio gėrio pažeidimas yra tikėtinas. „Tikėtinas" šiuo atveju turi reikšti daugiau negu „galimas", bet mažiau, negu „labai tikėtinas" (H.Mayer, Strafrecht AT, 1967, S. 121). Ir ši teorija yra klaidinga, nes ji nepateikia aiškių atsiribojimo kriterijų, o tikėtinumo laipsnis taip pat įrodo veikos padarinių suvokimą.

Panašių abejonių kelia požiūris, kad nuo noro išvengti padarinių demonstravimo priklauso, ar iš tikrųjų buvo imtasi priemonių, kad būtų išvengta šalutinių padarinių (*Armin Kaufmann*, S. 289; *Hillenkamp*, S. 351). Negalima sutikti ir su abejingumo teorija, pagal kurią *dolus eventualis* yra tada, kai kaltininkas realizuoja veikos sudėtį būdamas abejingas saugomam teisiniam gėriui (*Engisch*, NJW 55, 1688; *Sch-Sch-Cramer*, §15, Nr. 84). Ši teorija yra vienpusė ir per siaura, nes, ketinimo žalingumo požiūriu, ji apima tik kelis problemos aspektus.

219 Remiantis daugiausia teismų praktikoje taikoma sutikimo arba pritarimo teorija *dolus eventualis* būna tada, kai kaltininkas su padarinio atsiradimo galimybe „sutiko" arba „su ja susitaikė" (RGSt 76, 115; BGHSt 36, 1; 21, 283; BGH NStZ 92, 587 ir 94, 483; *Baumann-Weber*, AT §26 III 2b; *Maurach-Zipf*, AT §22, Nr. 36). „Teisine prasme" sutikimas pagal sprendimą odinio diržo atveju (BGHSt 7, 363) yra ir tada, kai padarinys (odiniu diržu smaugiamos plėšimo aukos mirtis uždusus) kalti-

ninkui yra labai nepageidautinas, bet su juo teko susitaikyti (plačiau apie tai žr. *Roxin*, JuS 64, 53 ir AT §12, Nr. 36).

220 Naujuose sprendimuose, kuriuose laikomasi senos pozicijos, Federalinis teismas aiškiai skiria netiesioginės tyčios prielaidas ir šios tyčios nustatymą remiantis įrodymais baudžiamajame procese (plačiau apie tai žr. BGHSt 38, 345). Apie tai žr. BGH JZ 81, 35 ir NStZ 84, 19, kur daromas toks apibendrinimas: „Netiesioginė tyčia yra tada, kai kaltininkas suvokia, jog veikos sudėties padarinių atsiradimas yra galimas, ir su tuo susitaiko, tačiau nemano, kad tokia galimybė yra labai tolima. Taip būna tada, kai kaltininkas, nepaisydamas didelio pavojaus, įgyvendina savo sumanymą, nors negali tikėtis geros baigties ir tik atsitiktinumas lemia, ar jo suvoktas pavojus bus realizuotas. Šiuo atveju susitaikymu galima laikyti ir tokį atvejį, kai kaltininkas nenori padarinių bet kokia kaina, tačiau siekia tiesioginio tikslo. Bet taip būna ne visada. Kadangi (smurtinių veiksmų atvejais, nesant aiškaus motyvo nužudyti; plg. BGH JR 93, 29) tyčios turinys nužudymo ir kūno sužalojimo atveju skiriasi, ir gali taip atsitikti, kad kaltininkas nukentėjusiojo mirtį kaip nužudymo padarinį numatė tik kaip galimą, bet rimtai tikėjosi, kad šio padarinio neatsiras. Tokiu atveju jo veikimas dėl mirties, kaip nužudymo padarinio, yra tik nusikalstamai pasitikintis.

221 Pamokomų nuorodų apie veikos aplinkybių, galinčių paneigti *dolus eventualis* buvimą, randama Federalinio teismo sprendimuose VRS 59, 183 (= sunkvežimio atvejis), VRS 64, 112 (= policijos užkardų atvejis), NStZ 83, 407 (= didelio greičio atvejis) ir NStZ 83, 365 (= pakorimas jaunuoliams žaidžiant rusišką ruletę).

222 1988-11-04 AIDS-nuosprendyje (BGHSt 36, 1) Federalinis teismas dar kartą savo poziciją paaiškino taip: „Sprendžiant netiesioginės tyčios klausimą kiekvienu konkrečiu atveju faktiniais duomenimis turi būti patikrinti ir žinojimo, ir norėjimo elementai. Vertinant voliuntaristinį tyčios elementą, turi būti ypač kruopščiai svarstomi faktiniai duomenys apie kaltininko asmenybę ir svarbias veikos įvykio aplinkybes. Tokiu atveju pageidautina visų objektyvių ir subjektyvių veikos aplinkybių analizė. Skirtingi vertinimo kriterijai priklauso nuo konkretaus atvejo specifikos, todėl galima vadovautis skirtingais vertinimo kriterijais. Įrodinėjant netiesioginės tyčios buvimą galima remtis kaltininko suvokto pavojaus objektyviu laipsniu ir galimumu.

223 Praktinių rezultatų požiūriu, teismų praktika daug kur sutampa su šiuo metu teisės moksle vyraujančia nuomone, jog netiesioginė tyčia būna tada, kai kaltininkas nepaiso labai realios galimybės padariniams atsirasti, neatsisako padaryti veikos, ir kaltininko elgesys patvirtina išvadą, kad, siekdamas tikslo, jis susitaikė su veikos sudėties realizavimo tikimybe, t.y. suvokė, kad padarinių atsiras, bet neatsisakė veikos. Ir priešingai, nusikalstamas pasitikėjimas bus tada, kai kaltininkas yra įsitikinęs, jog „viskas bus gerai" ir mano, kad jam pavyks išvengti gresiančių padarinių bei įstatyme numatytos veikos sudėties realizavimo.

224 Kitiems asmenims pavojų keliančio elgesio atveju netiesioginei tyčiai būdingi trys elementai. Kaltininkas turi suvokti realiai gresiantį teisinio gėrio pažeidimo pavojų, šį pavojų laikyti rimtu ir susitaikyti su veikos sudėties realizavimo galimybe. Kuris taip suvokia gresiantį pavojų, jo realizavimo galimybę padaro sprendimo dėl poelgio pagrindu ir taip šį pavojų įtraukia į įvykdymo valią.

225 Ar veikos sudėties realizavimas priklauso ne nuo gresiančio, teisinį gėrį pažeidžiančio padarinio, o nuo esančių aplinkybių buvimo ar nebuvimo (pvz., nuo daikto „svetimu-

mo" §246 ar nuo aukos amžiaus seksualinių veiksmų §176 atvejais), iš esmės yra tas pat: kaltininkas turi suvokti tokios veikos aplinkybės buvimą, iš to išplaukiančią galimybę įvykdyti veiką ir būti su tuo bent susitaikęs.

226 Plačiau apie viską žr. *Geppert*, Jura 86, 610; *Jescheck*, AT §29 III 3; *Kühl*, AT §5, Nr. 84 ir toliau; *Küpper*, ZStW 100, 758; *Roxin*, AT §12, Nr. 21 ir toliau; *Schroth*, JuS 92, 1; SK-*Rudolphi*, §16, Nr. 43; kritika, bet panašūs rezultatai, žr. *Brammsen*, JZ 89, 71. Apie AIDS problemas ir tyčios nustatymą baudžiamajame procese žr. *Frisch*, Meyer-Gedschr., S. 533 apibendrinimą.

227 *Herzbergas* (JuS 86, 249 ir 87, 777; JZ 88, 573, 635) teigia, kad anksčiau aptarti teismų praktikoje ir teisės moksle išplėtoti atribojimo kriterijai nėra teisingi. Jis mano, kad tyčios nuo neatsargumo atribojimas yra objektyvios veikos sudėties problema. Jau šiame lygmenyje esant tyčinių baudžiamųjų teisės pažeidimų turi būti nustatyta, kad kaltininkas savo rizikingu elgesiu realizavo baudžiamajam teisės pažeidimui būdingą žalingumą, pasireiškiantį neleistinu ir nesaugiu pavojumi. Už pavojų, kurio buvo išvengta dėl žmogiško atidumo, gali būti baudžiama pagal §222, bet tyčia nužudyti tokiu atveju negali būti patvirtinta. Veikos įvykdymo rizika, nuo kurios neįmanoma apsisaugoti, bus tada, kai tik laimės ar atsitiktinumo dėka veikos sudėtis gali būti nerealizuota, t.y. tuo atveju, kai kaltininkas negali ar negali tvirtai teigti, jog jis pats ar kas nors kitas nuslopins pavojų. Priešingai vyraujančiai nuomonei, tyčia neturi voliuntaristinio elemento. Tyčia – tai pirmiausia neleistino ir nesaugaus veikos sudėties realizavimo pavojaus suvokimas. Svarbiausia ne tai, ar kaltininkas suvoktą pavojų mano esant rimtą, o tai, ar kaltininkas suvokia, jog egzistuoja pavojus, kurį reikėtų laikyti rimtu. Šis atribojimo problematikos perkėlimas į objektyvią veikos sudėtį kartu „persikeliant į grynai smerkimo tyčią" nėra įtikinamas. Ir jeigu baudžiamųjų teisės pažeidimų su padariniais (nužudymas, kūno sužalojimas) atvejais apsaugotų ir neapsaugotų pavojų skirstymas kartais gali būti prasmingas ir naudingas, tai į kitų baudžiamųjų teisės pažeidimų (pvz., įžeidimo, prievartavimo, pasisavinimo, dokumento klastojimo ir t.t.) objektyvią veikos sudėtį šie kriterijai, be aiškiai dirbtinių konstrukcijų, negali būti įtraukti. Pagal Herzbergo tyčios supratimą (plg., JZ 88, 635, 641), netiesioginė tyčia tokiais atvejais galėtų būti patvirtinta tik atsižvelgiant į galimybę realizuoti paprastą veikos sudėtį, nes lieka neaišku, kaip turi atrodyti „apsisaugojimas nuo pavojaus", kai, pvz., kaltininkas neatmeta galimybės, jog daiktas, kurį jis vartoja, yra svetimas §246 prasme arba kad mergaitė, su kuria jis atlieka neteisėtus veiksmus, pagal §176 yra atitinkamo amžiaus, tokį požiūrį atmeta *Frisch*, Zurechnung, S.40, kurio mintimis remiasi *Herzbergas*; kritiką žr. *Brammsen*, JZ 89, 71; *Küpper*, ZStW 100, 758, 781; *Prittwitz*, StrVert 89, 123; *Roxin*, AT §12, Nr. 56 ir toliau; *Sch-Sch-Cramer*, §15, Nr. 79, SK-*Rudolphi*, §16, Nr. 46a; Struensee, JZ 87, 53, 60).

228 Plačiai apie anksčiau minėtą nuomonių skirtumą žr. Ingeborg Puppe (Vorsatz und Zurechnung, 38), kuri Herzbergo atribojimo kriterijus atmeta dėl to, kad jais galima manipuliuoti. Ji taip pat mano, kad tyčiai patvirtinti yra būtina žinoti apie „kvalifikuotą pavojų", bet toliau ji pasisako už voliuntaristinio tyčios elemento objektyvizavimą ir nesidomi tikrąja kaltininko valia, bet pagal racionalius kriterijus interpretuoja jo elgesį kaip valios išraišką. Tyčinis veikimas, jos nuomone, yra sąmoningas kvalifikuoto pavojaus sukėlimas ir „žinotinis teisingos strategijos taikymas veikos sudėčiai įvykdyti" (anksčiau nurodytas darbas, S. 63). Panaši nuomonė yra AK-*Zielinski* (Nr. 18, 27, 72 ir §15, 16), pasak kurio tyčiai priskirti pakanka „veikimą suvokiant, kad yra rizika realizuoti veikos sudėtį".

229 Netiesioginės tyčios visuomet pakanka ten, kur įstatymas nereikalauja veikti „tyčia" (§145d, 164, 187, 278) arba veikti „žinomai" (§134, 145, 258); (plg. *Göhler*, NJW 74, 825).

230 Septintu a atveju tyčia nužudyti *dolus eventualis* forma negali būti pagrįsta tuo, jog E numatė L buvimo lauko daržinėje galimybę: susitaikymas su padariniais negali būti įrodomas vien tik tuo, kad negalėjo būti atmesta atsiradimo galimybė (BGH NStZ 88, 175; 84, 19). Jeigu E būtų tikėjęs, kad L nėra daržinėje (pvz., todėl, kad L niekada nepraleidžia parapijos švenčių ir niekada neišeina joms nesibaigus), būtų svarstytinas klausimas dėl nusikalstamo pasitikėjimo (§222).

231 4. Kelios tyčios formos gali „susitikti“ kartais pasitaikančiu alternatyviosios tyčios pavidalu. Tokia situacija dažniausiai esti tuo atveju, kai kaltininkas, prieš darydamas tam tikrą veiksmą, tiksliai nežino, kurią iš vienas kito buvimą pašalinančių padarinių jis realizuos, tačiau jam priimtinos abi galimybės. Teisinėje literatūroje, kaip susiję su šia problema, nagrinėjami tokie pavyzdžiai.

Pirmas pavyzdys. A pasisavina keletą dienų prie daugiaaukščio namo stovintį dviratį. Jam nesvarbu, ar jis pažeidžia vieno iš namo gyventojų teises (§246).

Antras pavyzdys. Vos sutemus, girininkas F su šunimi pradeda sekti brakonierių W. Šis iššauna į persekiotojų pusę paskutinę turimą kulką, norėdamas nužudyti F (= §212 arba §211) arba bent jo šunį (= §303).

Veikos tyčia čia apima abi galimybes, nors tik viena iš jų gali būti įgyvendinta (pirmame pavyzdyje nuolat, antrame pavyzdyje tik pagal kaltininko suvokimą, jeigu nėra *dolus cumulativus*, kurio atveju kaltininkas bent jau susitaiko su tuo, kad gali realizuoti kelias veikos sudėtis ar pagal aplinkybes sukelti visus galimus padarinius). Dėl to, kaip tokio pobūdžio atvejais, baudžiamosios teisės požiūriu, turi būti alternatyvi tyčia, nuomonės labai smarkiai skiriasi.

232 Pirmiausia kai kurie autoriai remiasi objektyviai realizuota veikos sudėtimi, o nesant jokių padarinių – sunkiausios ar pagal aplinkybes lengviausios veikos tyčia (plg. *Maurach-Zipf*, AT §22, Nr. 27). Kiti lemiamu dalyku visada mano esant sunkiausio baudžiamojo teisės pažeidimo tyčią (*Kühl*, JuS 80, 273, 275; LK-*Schröder*, §16 Nr. 106; *Oto*, Grundkurs AT §7 II 4c; *Schneider*, GA 1956, 257), dar kiti teigia apie tyčinio ir neatsargaus veikimo sujungimą (*Joerden*, ZStW 95, 565) arba sprendžia visuomet skirtingai (plg. *Haft*, AT S. 150; LK-*Vogler*, §22, Nr. 6). Pagal vyraujančią nuomonę, patvirtinus idealiosios konkurencijos buvimą, turi būti baudžiama už visus konstruktyviai sujungtus baudžiamuosius teisės pažeidimus (= veikų sutaptis su baigta ar bandyta įvykdyti tyčine veika, ar pagal aplinkybes tarp dviejų pasikėsinimų; plg. *Jakobs*, AT 8/33; *Jescheck*, AT §29 III 4; *Lackner*, §15, Nr. 29; *Remy*, NJW 58, 700; *Roxin*, AT §12, Nr. 79, 80; *Sch-Sch-Cramer*, §15, Nr. 90 ir toliau).

233 Kiekvienam iš šių sprendimų galima paprieštarauti. Pasiūlymas atsižvelgti vien tik į sunkesnio baudžiamojo teisės pažeidimo tyčią neįtikina, jeigu yra įvykdytas būtent lengvesnis baudžiamosios teisės pažeidimas; ir alternatyvios tyčios atveju pirmiausia yra būtina nuosekliai laikytis objektyviosios ir subjektyviosios veikų sudėčių atitikimo taisyklių. Pagal vyraujančią nuomonę nėra gerai, kad prielaida apie idealiąją sutaptį tarp specialių baudžiamųjų teisės pažeidimų yra siejama su bausme, neskiriant alternatyvios ir kumuliatyvios tyčių. Esant dviem ar pagal aplinkybes kelioms tyčioms, kurios veikos sudėties plotmėje gali būti priskirtos tiek vienam, tiek kitam baudžiamajam teisės pažeidimui, nors *dolus alternativus* atveju ir negali būti tokių

abejonių, kadangi kiekvieno iš padarinių kaltininkas mažiausiai bent sąlygiškai nori. Bet tai nepašalina būtinybės atsižvelgti į mažesnę alternatyviosios tyčios reikšmę esant jos konkurencijai su *dolus cumulativus* todėl, kad už toliau pasikėsinimo stadijos nenuėjusią tyčią yra baudžiama kartu baudžiant ir už sunkiausią pažeidimą (= kartu baustina šalutinė veika, atsižvelgiant į konsumciją[2]; kritiškai apie tai atsiliepia Joerdenas, pastabos JZ 90, 298). Visa tai pagrindžia tokią diferenciaciją:

234 a) Jeigu iš dviejų padarinių atsiranda vienas, tai, atsižvelgiant į atitikimą tarp veikos ir veikos tyčios kaltininko, reikia bausti už objektyviai realizuotą baudžiamąjį teisės pažeidimą (= baigta tyčinė veika). Kartu yra nubaudžiama ir už pasikėsinimą įvykdyti kitą baudžiamąjį teisės pažeidimą, jeigu abi veikos sudėtys yra tos pačios apsauginės krypties ir abi veikos yra panašaus sunkumo (kaip pirmame pavyzdyje tarp §242 ir 246; apie §242 santykį su antra alternatyva §292 I žr. *Wessels*, JA 84, 221, 223; apie §263 ir 263a žr. *Lenckner*/Winkelbauer, CR 86, 654, 661).

235 b) Baigtos tyčinės veikos ir pasikėsinimo padaryti kitą nusižengimą sutaptis bus tada, kai pasikėsinimo neteisėtumo turinys iš esmės yra didesnis negu baigtos tyčinės veikos (taip antrame pavyzdyje W, nušovęs šunį, turi būti baudžiamas pagal §303; pagal veikų sutaptį ir už pasikėsinimą nužudyti). Tai visada taikytina tuo atveju, jeigu pažeisti labai asmeniniai skirtingiems asmenims priklausantys teisiniai gėriai.

236 c) Jeigu nė vienas baudžiamasis teisės pažeidimas nėra baigtas padaryti, reikia bausti už pasikėsinimą padaryti sunkesnį baudžiamosios teisės pažeidimą, jeigu taip veikos neteisėtumo turinys gali būti pakankamai suvoktas; kitais atvejais reikia vadovautis veikų sutapties taisyklėmis.

237 Tai, kad gali atsirasti visi galimi padariniai, yra mažai tikėtina; tačiau antros pavyzdžių grupės atveju tai yra įmanoma. Bet tada reikėtų žinoti visą veikos eigą, kuri leistų atsakyti į klausimą, ar kaltininkas tu tokiais padariniais nuo pat pradžių sutiko, t.y. veikė su kumuliatyvine tyčia, kitaip tariant, su bendra (generaline) pažeidimo valia arba turi būti atsižvelgta į kitas aplinkybes, kurios taip paneigtų alternatyvios tyčios buvimą, kad šios problemos nė nebeliktų. Nes tai, ką kiekvienas kaltininkas įsivaizdavo ir ko norėjo, priklauso nuo realių sąlygų ir veikos impulsų. Visa tai negali būti priskirta kaltininkui remiantis vien teisiniais samprotavimais. Tik nešališka įvykių aplinkybių analizė kiekvienu atskiru atveju gali parodyti kelią į teisingą sprendimą; vien tik šioje plotmėje (tam tikrais atvejais remiantis *in dubio pro reo* principu) gali būti priimamas sprendimas, pagrįstas esminiais subjektyvaus inkriminavimo kriterijais, Apie viską žr. *Triffterer-Steininger*, §5, Nr. 51 ir toliau.

III. Suvokimo elementas veikos sudėties tyčioje

238 1. Tyčinio poelgio atveju suvokimas reiškia, kad kaltininkas, darydamas veiką, suvokė visas objektyviai įvykdomas veikos sudėties aplinkybes, pagrindžiančias ir sugriežtinančias baudžiamąją atsakomybę. Jo suvokimas turi apimti pagrindinius konkrečios veikos požymius, veikos sudėčiai svarbias daromo poelgio ypatybes, numatomų veikos sudėties padarinių atsiradimą, pagrindinius priežastinės sekos kontūrus ir visus ki-

[2] Bausmių apėmimo principas, kai bausmė už vieną nusikaltimą apima bausmę už kitą nusikaltimą.

tus objektyvios neteisėtos veikos sudėties požymius (RGSt 70, 257; *Brammsen*, JZ 89, 71; *Jescheck*, AT §29 II 3; *Struensee*, ZStW 102, 21; kitaip mano *Frisch*, Vorsatz und Risiko, S. 57; LK-*Schroeder*, §16, eilės Nr.29). Pakanka, kad kaltininkas apibrėžtų tik veikos objekto rūšį, nes jam gali būti tas pat, kokį žmogų nušaus, kai nesitaikydamas šauna į žmonių minią, ar kokį svetimą daiktą pasisavins, ir kas yra to daikto savininkas (plačiau žr. *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, S. 88; plg. BGHSt 21, 381; 22, 350).

239 Kur įstatymas prie tyčinių baudžiamųjų teisės pažeidimų numato veikos sudėčiai nepriklausančius sunkinančius požymius (pvz., ypač sunkių atvejų – §243 I) ir subjektyviosios pusės požiūriu nieko kita nenustato, ten kaltininko naudai analogiškai turi būti taikomas §16 I (plačiau žr. *Sch-Sch-Cramer*, §15, Nr. 31; *Wessels*, Maurach-Festschr., S. 295, 300).

240 Suvokimo nebuvimo tyčioje nepakeičia tai, kad atitinkamą suvokimą kaltininkas galėjo turėti anksčiau. Ankstesnio žinojimo nepakanka ir tada, kai, įtempus atmintį, jį įmanoma atkurti. Antra vertus, nėra būtina, kad visą veiką lydėtų „galvojimas apie tai“ visiškai atkurti sąmonės prasme. Žinojimas tyčioje, kaip ir veikos aplinkybių aktualus suvokimas, gali pasireikšti ir bendru suvokimu apie įvykį bei nuolat esančiu žinojimu. Plačiau žr. *Platzgummer*. Die Bewußtsiensform des Vorsatzes, 1964; Sch-Sch-*Cramer*, §15., Nr. 50; SK-*Rudolphi*, §16, Nr. 24; BayObLG NJW 77, 1974; kritiką žr. *Schild*, Festschr. für Stree/Wessels, S 241; panašiai: *Frisch*, Gedschr. Für Armin Kaufmann, S. 311, čia „bendrą suvokimo“ teoriją bandoma pakeisti į normas orientuota tyčios teorija.

241 Tyčia neturi apimti objektyvių patraukimo baudžiamojon atsakomybėn sąlygų (plg. Nr. 148). Tas pat pasakytina ir apie veikos priešingumą teisei, nes poelgio uždraudimas įstatymu pats nėra savaime „veikos aplinkybė“ §16 I 1 prasme; „jis nepriklauso įstatyme nustatytos veikos sudėties turiniui, bet priešingai – veikos sudėtis yra draudimo turinys“ (BGHSt 19, 295, 298). Pagal Federalinio teismo perimtą ir §17 pripažintą „kaltės teoriją“ priešingumo teisei suvokimas (= neteisėtumo suvokimas) yra ne tyčios sudedamoji dalis, o kaltės elementas; taip kyla klausimas ne dėl tyčios sudėties, o dėl tyčios prioriteto pirmumo (BGHSt 19, 295; 2, 194 ir toliau; išsamiau žr. Nr. 427).

242 2. Tyčios suvokimas reiškia veikos aplinkybių ir jų reikšmės suvokimą. Veikos sudėties tyčiai nebūtina, kad kaltininkas jam žinomas įvykio aplinkybes tiksliai teisiškai susietų su įstatymu; kitaip tik teisininkai galėtų elgtis tyčia. Deskriptyviniuose (aprašomuosiuose) požymiuose (pvz., „daikto sugadinimas“ arba „sunaikinimas“ §303) turi atsispindėti įprastas prasminis turinys.

Tuo atveju, kai A iš B automobilio padangų išleidžia orą, klaidingai manydamas, kad, nesant materialaus pažeidimo, negalima kalbėti ir apie sugadinimą §303 prasme, tyčios klausimas nebūtų keliamas. Vertinant tokią kaltininko klaidą dėl jo padarytos veikos negalima laikyti klaida dėl veikos sudėties §16 I 1 prasme, nes A teisingai suprato, jog jis kenkia, kad automobilio nepanaudotų pagal paskirtį (plg. BGHSt 13, 207; *Hettinger*, JuS-Lernbogen 1989, L 17).

Įsivaizdavimas, kad už elgesį neturi būti baudžiama, §16 I 1 taip pat yra nesvarbu, nes baudžiamojoje teisėje baudžiamumo suvokimas nėra būtinas (plg. *Backmann*, JuS 73, 299).

Įvertinimo klaida teisinę svarbą gali įgauti už tyčios ribų, kai trukdo kaltininkui suprasti, jog jis veikia neteisėtai (= klaida dėl draudimo §17 prasme, plg. *Nierwetberg*, Jura 85, 238).

243 Norminių požymių atveju (pvz., „svetimas“, „pasisavinti“ §246) nepakanka vien suvokti sąvoką sudarančius faktus, o priešingai, kaltininkas (kaip neprofesionalas) privalo teisingai suvokti veikos aplinkybių teisiškai ir socialiai svarbų turinį (= neprofesionalus paralelus vertinimas: BGHSt 3, 248; 4, 347; 8, 321; BayObLG NJW 65, 1492 ir wistra 92, 273).

Išsamiau apie tai žr. *Arthur Kaufmann*, Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982; kitą nuomonę žr. *Kindhäuser* GA 1990, 407, 417; kritiką žr. *Puppe* GA 1990, 145, pagal kurią tyčios turinį sudaro „veikos sudėtį atitinkančio veikos apibūdinimo suvokimas“; taip pat žr. Schlüchter. Irrtum, S. 116, pasak kurio svarbu yra tai, ar kaltininkas suvokė ir atitinkamo veikos sudėties požymio turinį susiejo su teisiniu gėriu bei savo elgesio žalingumu.

Daikto „svetimumo“ (§242, 246) supratimui pakanka suvokti, kad daiktas priklauso kitam asmeniui; atskirų faktų, pagrindžiančių kito asmens nuosavybės teisę, kaltininkas neprivalo žinoti.

Vagystės tyčios (§242) nebūtų tuo atveju, jei pardavėjas V vengtų vykdyti pirkimo ir pardavimo sutartį, ir pirkėjas K savavališkai pasiimtų perkamą daiktą manydamas, kad nuo privalomos pirkimo ir pardavimo sutarties sudarymo momento jis tapo daikto savininku. Čia K yra žinomi visi faktai, pagal kuriuos V lieka savininku (plg. §433, 929 ir toliau). Tačiau kaip asmuo, neturintis specialių profesinių žinių, jis tuos faktus neteisingai vertina ir todėl nesuvokia veikos aplinkybių manydamas, kad veikos objektas yra ne „svetimas“, o jo „nuosavas“ daiktas.

IV. Klaida dėl veikos sudėties ir jos atribojimas

244 Jeigu kaltininkas, darydamas veiką, nesuvokia aplinkybės, priklausančios įstatyme numatytai veikos sudėčiai, tai jis veikia netyčia (§16 I 1). Klaida dėl veikos sudėties pašalina objektyviai esamos veikos aplinkybės priskyrimo tyčiai galimybę, nepriklausomai nuo to, ar šios klaidos buvo įmanoma išvengti, ar ne, ir nuo to, ar ši klaida atsirado dėl paprasčiausio nežinojimo, ar dėl klaidingo faktinio ar teisinio supratimo (išsamiau apie tai žr. BGH JZ 89, 549; *Herzberg*, JZ 93, 1017; *Hettinger*, JuS-Lernbogen 1988, L 71, 1989, L 17, 41; *Schlüchter*, JuS 85, 373, 527, 617; *Warda*, Jura 79, 1, 71, 113, 286).

Svarbu tik tai, kad „klaidingai“ besielgiantis asmuo nesuvokia nusikalstamos veikos sudėties „nukreipiamosios ir įspėjamosios funkcijos“. Jis nežino, ką daro, nes dėl klaidos nesuvokia tikrosios veikos teisinės ir socialinės prasmės. Tokiu atveju pagal §16 I 1 nebus tyčinio nužudymo, pvz., jei kas nors šaus į lietaus vandens statinę, kurioje ką tik pasislėpė žaidžiantis vaikas, ir nušaus ten esantį vaiką, tačiau šaunantysis manė, jog statinė yra tuščia.

Pagal §16 I 2 asmuo, suklydęs dėl veikos sudėties, gali būti baudžiamas už neatsargų poelgį, tik čia svarbu galimybė išvengti klaidos. Bet šioje situacijoje būtina, kad ir už neatsargų atitinkamo baudžiamojo teisės pažeidimo įvykdymą grėstų bausmė.

245 Asmens, suklydusio dėl veikos sudėties požymių, padėtį lengvinanti §16 I 1 taisyklė, §22, 23 atvejais turi ir atvirkštinį – sunkinantį – poveikį, kai kaltininkas klysta „savo nenaudai“, nes mano, jog esama iš tiesų neegzistuojančio veikos sudėties požymio. *Pavyzdys*. A, norėdamas nužudyti lovoje gulintį B, šauna į jį, nežinodamas, jog pastarasis ką tik mirė nuo širdies infarkto. Jei už pasikėsinimą padaryti atitinkamą baudžiamąjį teisės pažeidimą yra baudžiama (plg. §23 I kartu su §12), tai tokia klaida dėl veikos sudėties lemia nubaudimą už netinkamą pasikėsinimą (išsamiau žr. Nr. 619).

246 Tai, ar tikrovės neatitinkantis suvokimas pašalina objektyvaus įvykio vertinimą kaip tyčinį tuo atveju, kai klaida susijusi su baudžiamosios veikos sudėtyje esančiais alternatyviais požymiais (pvz., §123, §274 I Nr. 1 arba §304), labiausiai priklauso nuo to, kaip įstatymų leidėjas yra suformulavęs veikos sudėtį (pvz., nuo to, ar tų alternatyvų neteisėtumo turinys yra lygiavertis, ar alternatyvos yra su bendromis papildomomis sąlygomis, ar tose alternatyvose yra pateikiamas išsamus pažeidimo būdų aprašymas). Todėl neįmanoma pateikti bendro, visiems atvejams tinkančio atsakymo į šį klausimą (išsamiau apie tai žr. RGSt 35, 285; Sk-*Rudolphi*, §16, eilės Nr. 28 d.; *Warda*, Festschr. für Stree/Wessels, 267).

247 1. Klaida dėl veikos objekto (= *eror in objecto vel persona*) įvyksta tada, kai suklystama dėl veikos objekto, asmens tapatumo ar kitų jų savybių. Svarbu yra tai, ar pasikeistų vertinimas baudžiamosios teisės požiūriu, jei kaltininko įsivaizdavimas būtų teisingas (*Jescheck*, AT §29 V 6 a; *Warda*, Blau-Festschr., S. 159, 162). Pagal §16 I 1 tokia klaida tyčiai yra svarbi tik tada, kai asmens, darančio veiką, požiūriu, suvokimas apie objektą ir objektas, į kurį iš tikrųjų yra pasikėsinta, nėra lygiaverčiai veikos sudėties prasme.

248 Pvz., taip atsitinka, kai A, norėdamas nušauti savo kaimyno N šunį, iš tikrųjų nušauna į šuns būdą įlindusį žaidžiantį N vaiką, prietemoje palaikęs jį šunimi. Šioje situacijoje, remiantis §16 I 1, negali būti baudžiama už tyčinį nužudymą, nes objektai „daiktas“ (§303) ir „žmogus“ (§212) veikos sudėties prasme nėra lygiaverčiai, ir A nežinojo, kad iš tikrųjų šauna į žmogų. Šiuo atveju gali būti tik neatsargaus nužudymo (§222) ir pasikėsinimo sugadinti daiktą (§303, 22) sutaptis. Kaltinimas neatsargiu nužudymu gali būti grindžiamas samprotavimu, kad negalima šaudyti į objektus, kurių dėl blogo matomumo negalima tiksliai identifikuoti (nesąmoningo neatsargumo atvejis; išsamiau apie tai žr. Nr. 660). Pasikėsinimo sugadinti daiktą situacijoje esama netinkamo pasikėsinimo, nes žmogus §303 prasme negali būti veikos objektu (žr. taip pat Nr. 619).

249 Jeigu objektai asmens, darančio veiką, įsivaizdavimu, veikos sudėties prasme yra lygiaverčiai, tai objektų sukeitimas, baudžiant dėl šių objektų suklydusį asmenį, neturi jokios reikšmės, nes dėl to (pvz., klaida dėl motyvų) veikos sudėties tyčia neišnyksta. Taip yra todėl, kad tyčia priklauso tik nuo §16 I 1 minėtų išorinių aplinkybių ir nepriklauso nuo su veika susijusių motyvų ar siekiamų tikslų (plg. BGHSt 11, 268; 37, 214; *Bemmann*, MDR 58, 817; *Hettinger*, JuS 1992, L 65). Elgesys yra tyčinis jau tada (ir tik tada), kai tai, kas objektyviai įvyko, savo pagrindiniais požymiais atitinka tai, kas, kaltininko įsivaizdavimu, veikos darymo momentu realizuojant šias veikos sudėtis turėjo įvykti, arba kaltininkas buvo susitaikęs, kad tai gali įvykti.

Pradiniu 7 b atveju W medžioklėje esantį svečią J nužudė tyčia, nes išorinis įvykis tuo momentu atitiko W suvokimą: norimas padarinys (mirtis) buvo sukeltas žmogui, į kurį

nusitaikius buvo šauta. W nužudė tą žmogų, į kurį jis nukreipė savo pastangas nužudyti ir į kurį šovė (= J). Kėsinimosi objektas sutampa su objektu, kuriam buvo padaryta žala. Tai, kad W supainiojo J su F, tapo tik priežastimi, dėl kurios tyčia buvo nužudytas „netinkamas“ objektas. Atsižvelgiant į šias aplinkybes pabrėžtina, kad šaunant į J veika papildomai negali būti kvalifikuojama dar ir kaip pasikėsinimas nužudyti F, nes kai W veika pasiekė pasikėsinimo stadiją, jo tyčia, kėsinimasis ir veikos realizavimas buvo nukreipti tik į J, nes W tikėjo, kad tai yra F.

Apie klaidų dėl objekto teisinius padarinius, kai vykdytojas veikia per tarpininkus ir kurstymo atvejais žr. Nr. 550 ir 575 ir toliau.

250 2. Klaidą dėl objekto reikia skirti nuo klaidos dėl veikos eigos (= *aberratio ictus*). Tokia situacija susiklosto tada, kai kaltininkas kėsinasi į konkretų, individualizuotą veikos objektą, tačiau šis kėsinimasis pakrypsta taip, jog pakenkiama objektui, į kurį kaltininkas visai nesitaikė ir nė nemanė jo pažeisti. Šiuo atveju objektas, į kurį buvo norima pasikėsinti, ir pažeistas objektai nesutampa, jie yra skirtingi: *aberratio ictus* pažeidimo padarinys tenka kitam objektui, ne tam, į kurį buvo nukreiptas poelgis tyčios susiformavimo momentu. Norimo pažeidimo (= tikslo objektui) nėra padaryta, o faktiškai atsiradusio pažeidimo padarinio (= objektui, į kurį pasikėsinta per apsirikimą) nenorima. Pagal vyraujančią nuomonę, tokiu atveju tiek objektams esant lygiaverčiams, tiek nelygiaverčiams, esama pasikėsinimo į objektą, kuriam pakenkti buvo siekiama, ir neatsargios veikos antram objektui, į kurį buvo pasikėsinta per apsirikimą, sutaptis. Tokioje situacijoje už neatsargiai įvykdytą veiką gali būti baudžiama tik tuomet, jei egzistuoja atitinkama tokios neatsargios veikos sudėtis.

251 Tačiau kitaip yra tuo atveju, jei kaltininkas numatė, kad jo užpuolimas gali pakrypti kitaip ir buvo susitaikęs su galimu pakenkimu antram objektui, taigi veikė su *dolus eventualis* (= pasikėsinimas į siekiamą pažeisti objektą ir baigta tyčinė veika antrajam objektui, plg. BGHSt 34, 53, 55; *Jescheck*, AT §29 V 6c). *Pavyzdys*. Teroristas T ketina nušauti politiką P, bet pataiko tik į šalia stovintį apsaugos darbuotoją S, kuris krinta negyvas. Šaudamas T buvo numatęs tokių padarinių galimybę.

252 Septintu c atveju W veiksmuose *dolus eventualis* J atžvilgiu nėra pastebima. Todėl W turi būti baudžiamas už pasikėsinimą nužudyti F (§212, 211, 22) bei neatsargų J nužudymą (§222). Už neatsargų nužudymą galima bausti, jeigu buvo įmanoma numatyti tuos padarinius, kurie gali atsirasti J, ir todėl W galima kaltinti dėl neatsargaus nužudymo padarymo (konkrečioje situacijoje tai turi būti ištirta tiksliau).

253 Priešinga nuomonė, pagal kurią dėl abiejų objektų lygiavertiškumo W turi būti kaltinamas baigto tyčinio J nužudymo padarymu, nes W norėjo nužudyti „kitą“ (= F) ir sukėlė taip pat „kito“ (= J) mirtį (Kuhlen, Irrtum, S. 480 ir toliau; Loewenheim, JuS 66, 310; Puppe, GA 1981, 1 ir JZ 98, 728, Vorsatz und Zurechnung, S. 10), nėra įtikinama. Pagal šią nuomonę neįvertinamos kaltininko individualizuotos tyčios ribos, ir iš esmės ji remiasi konkretaus objekto priverstiniu priklausymu tam tikrai objektų grupei. Toks vertinimo veiksnių pakeitimas prieštarauja realioms nagrinėjamojo įvykio aplinkybėms. Šios nuomonės atstovai nepastebi, kad kaltininkas nenorėjo pakenkti antram objektui (= 7 c atveju – J), į kurį pataikė tik atsitiktinai, nes vienintelis kaltininko tikslas buvo kitas konkretus objektas (= F).

254 Tai, kad tyčia neturi būti individualizuota ir kad §212, 211 atveju gali pakakti bendrosios tyčios nužudyti (plg. Nr. 238), neturi reikšmės, jei kaltininkas (kaip šiuo atveju) objektą yra individualizavęs. Išsamiai apie tai žr. *Bemmann*, MDR 58, 817; *Bottke*, JA 81, 346; *Geppert*, Jura 92, 163; *Hettinger*, JuS 1992, L 73 ir GA 1990; 351; *Hruschka*, JZ 91, 488; *Kühl*, At §13, Nr. 29 ir toliau; *Mitsch*, Jura 91, 373; *Toepel*, Jahrbuch für Recht und Ethik, 1994, S. 413; diferencijuoja *Prittwitz*, GA 1983, 110 ir siūlo realios veikos bei kaltininko įsivaizdavimo neatitikimą visais atvejais laikyti esminiu, kai teisinio gėrio pažeidimas įvykdomas ne tam objektui, į kurį kaltininkas kėsinosi ir kurio buvimą suvokė savo jausmais; tokiam sprendimo būdui prieštarauja *Janiszewski*, MDR 85, 533. Smulkiau apie tai *Stratenwerth'as* (*Baumann*-Festschr., S. 57), kurio manymu, viskas priklauso nuo to, kaip kėsinimasis buvo „užprogramuotas" ir koks santykis tarp kaltininko „programos" bei objekto, kuriam faktiškai yra pakenkta (toks kelias leidžia teisingai atriboti ir kėsinimosi objektus, kurių buvimas jausmais nėra suvokiamas).

255 Pagal *Hillenkampą* (Die Bedentung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, S. 108, 116 ir toliau), tais atvejais, kai baudžiamosiomis veikomis visų pirma (arba tik) yra saugomi turtiniai teisiniai gėriai, „objektų individualizavimas" kaltininko vaizduotėje turi tik motyvo reikšmę. Taip pagrindęs (abejotinai) jis nori pasiekti, kad *aberratio ictus* turtinių deliktų sferoje neturėtų reikšmės (vadinamoji materialaus lygiavertiškumo teorija. Kritiškai apie tai *Hettinger*, JuS 1992, L 73; *Rath*, Zur strafrechtl. Behandlung der aberratio ictus und des eror in objecto des Täters, 1993, S. 166 ir toliau; *Schreiber*, JuS 85, 873, 875).

256 Kai kas iš vyraujančios nuomonės atstovų mano, kad esant klaidingai veikos eigai, ypač išimtiniais atvejais reikėtų bausti už baigtą tyčinį baudžiamąjį teisės pažeidimą, jeigu kaltininkui nebuvo svarbu individualizuoti konkretaus objekto ir kėsinimosi objektas buvo pasirinktas atsitiktinai, nemotyvuotai (*Herzberg*, JA 81, 470, 473; *Roxin*, Würtenberger-Festschr. S. 109, 123 ir AT §12, Nr. 150; *Rudolphi*, ZStW 86, 89, 96).

Tačiau kėsinimosi objekto pasirinkimo motyvo buvimas ar nebuvimas negali būti lemiamas kriterijus sprendžiant, ar veikta buvo tyčia, ar neatsargiai. Kur kas svarbiau yra tai, ar pasirinkimas (objekto individualizavimo prasme) iš viso buvo, ir ar tai, kas buvo objektyviai įvykdyta, bent jau esminiais bruožais atitinka tai, kas, kaltininko įsivaizdavimu, pradėjus veikti turėjo ar galėjo įvykti. *Pavyzdys*. Pavojingas nusikaltėlis S, jau sutemus persekiojamas policijos pareigūnų, suvokia, kad pasprukti jam nepavyks. Jis sustoja, išsitraukia pistoletą ir pasirengia paskutine kulka nušauti pirmąjį persekiotoją pirmiau, negu pats bus sulaikytas. Kulka pataiko ne persekiotojų grupės priešakyje esančiam pareigūnui B, bet jo kolegai C, kuris iš už kampo išbėga paskui B. C miršta. Teisėjas, nagrinėjantis tokią baudžiamąją bylą, pirmiausia turėtų išsiaiškinti, ar S šovė taikydamasis į B, ir kaip konkrečiai jis įsivaizdavo vykdomą veiką. Jeigu S šovė į persekiotojų grupę, norėdamas nužudyti bet kurį iš jį persekiojusių pareigūnų, tai S ketinimas sutampa su padariniais – C mirtimi (= tyčinis C nužudymas). Jeigu S taikėsi į B ir būtent į jį šovė, tai turime pasikėsinimą tyčia nužudyti B ir baigtą tyčinį C nužudymą, jeigu S manė galįs sužeisti B ar kitą persekiotoją ir tai jam buvo priimtina. Jeigu to, ką manė S, išsiaiškinti neįmanoma, tai turi būti remiamasi *in dubio pro reo* principu; tada S (jo naudai) turi būti kaltinamas neatsargiai nužudęs C. Tokiomis aplinkybėmis baudžiant už pasikėsinimą nužudyti turėtų būti atsižvelgta, kad už pasikėsinimą pagal §23 II gali būti baudžiama švelniau, bet bausti švelniau, negu už baigtą baudžiamąjį teisės pažeidimą, nėra privaloma.

257 Laikantis vyraujančios nuomonės, pateikiami sprendimo kriterijai padeda išspręsti ir tokias situacijas, kai asmenų supainiojimas ir klaidinga veikos eiga– viskas yra vienu metu.

Pavyzdys. A tyko C, norėdamas jį nušauti. Kai B prisiartina prie tos vietos, kur yra pasislėpęs A, A tamsoje šauna į B manydamas, kad tai yra C. Kulka pataiko į B, atsimuša į sieną ir užmuša iš už gatvės kampo ateinantį C. Tokios įvykio eigos A nesitikėjo; C jis netgi nematė. Situacijos sprendimas (= pasikėsinimo nužudyti B ir neatsargaus C nužudymo sutaptis) iš pirmo žvilgsnio gali pasirodyti abejotinas, tačiau jis yra teisingas: šaunant į A, tyčia nužudyti buvo nukreipta į B, t.y. į žmogų, kuris artinosi prie jo slėpimosi vietos, ir kurį A užpuolė, klaidingai manydamas, kad tai yra C (plg. Nr. 249). A nei numatė, nei jam buvo priimtina, kad kulka nepataikys į B ir užmuš už kampo esantį kitą žmogų; nekyla abejonių, kad A tokios tyčios neturėjo. Nieko nekeičia ir ta aplinkybė, kad nužudytas asmuo (= C) atsitiktinai sutapo su tuo asmeniu, kurį A planavo nušauti. §16 I 1 yra nustatyta, kad veikos sudėties tyčia nepriklauso nuo to, ką kaltininkas įsivaizduoja planuodamas, o priklauso tik nuo to, ką kaltininkas įsivaizduoja darydamas veiką. Lemiamas tyčios atsiradimo momentas – tai veikos sudėtį atitinkančio veiksmo, nukreipto padaryti nusikalstamą veiką, pradžia. Tuo metu, kai buvo iššauta, valia nužudyti buvo nukreipta į B, kurį A, supainiojęs su C, įsivaizdavo esant tinkamą objektą ir į jį nukreipė kėsinimąsi. Teisiniam situacijos sprendimui visiškai nesvarbu tai, kad būtent C, o ne kas nors kitas (X ar Y) tapo paklydusios kulkos auka.

258 3. Objektyviai neteisėtos veikos sudėčiai, kaip tyčios santykių pagrindui, priklauso ir priežastinis ryšys tarp poelgio ir padarinių. Todėl veikos sudėties tyčia turi apimti ir svarbiausius priežastinės eigos bruožus (kitą nuomonę žr. LK-*Schroeder*, §16, Nr. 29; *Wolter*, ZStW 89, 649). Tačiau niekada neįmanoma tiksliai numatyti visų įvykio eigos smulkmenų, todėl nukrypimai nuo įsivaizduojamos eigos savaime tyčios nepašalina. Čia dažnai kyla klausimas, kada priežastinės eigos klaida yra tokia esminga, kad pašalintų tyčią (§16 I 1). Pagal vyraujančią nuomonę, neatitikimas tarp įsivaizduotos ir realios įvykio eigos yra „neesminis“, neturintis reikšmės veikos sudėties tyčiai tada, kai toks „nukrypimas“ apimamas bendros gyvenimo patirties, ir dėl jo veika negali būti vertinama kitaip (BGHSt 7, 325; 14, 193; 23, 133; BGH GA 1955, 123; *Baumann-Weber*, At §26 II 4 b; Sch-Sch-*Cramer*, §15, Nr. 56).

259 Prieš iškylant šiai klaidos problemai, objektyviosios neteisėtos veikos sudėties rėmuose turi būti tikrinama, ar objektyvus padarinių inkriminavimas negali būti paneigtas, jei šie padariniai atsiranda dėl labai neįprastos, netipiškos priežastinės eigos (plg. Nr. 180 ir toliau). Jei objektyviai padarinių inkriminuoti neįmanoma, tai nėra ir baudžiamojo teisės pažeidimo objektyviosios veikos sudėties, o tokiu atveju apie §16 I 1 ir apskritai nereikia galvoti. Tyčios klausimas gali būti nagrinėjamas tik atlikus objektyvų padarinių inkriminavimą, pvz., tuo atveju, kai kaltininkas nenumatė objektyviai galimų įvykio eigos nukrypimų (plg. *Jescheck*, AT §29 V 6 b; *Maurach-Zipf*, AT §23, Nr. 28, 29; apie tai žr. BGH NStZ 91, 537; AK-*Zielinski*, Nr. 58 ir toliau apie §15, 16; taip pat *Roxin*, AT §12, Nr. 135 ir t.t., pagal kurį objektyvus inkriminavimas priklauso nuo grėsmės įgyvendinimo kriterijaus, o subjektyvus inkriminavimas – nuo plano realizavimo.

260 Teismų praktikoje netaisyklingos priežastinės eigos tikrinimas dažniausiai perkeliamas į tyčios sritį, tačiau šioje srityje sprendžiant subjektyvaus inkriminavimo klausimą remia-

masi adekvataus sprendimo, taigi kartu ir objektyvaus inkriminavimo kriterijais (= bendra gyvenimo patirtis, visuotinai pripažintas išankstinis numatymas; įgyvendinimo rizikos nebuvimas, esant netipinei įvykių eigai (plg. BGHSt 23, 133, 135). Tokiam problemos pakeitimui griežtai prieštarauja *Wolter*, ZStW 89, 649; panašiai mano *Kratzsch*, Verhaltenssteuerung, S. 309 ir toliau; kritiškai atsiliepia *Hettinger*, JuS-Lernbogen 1990, L 73, 1991, L 9, 25, 33, 49 ir toliau.

261 „Neesminis" priežastinės eigos nukrypimo *pavyzdys*: auka turėjo būti nužudyta kirvio smūgiais, bet nepavyko sutrupinti kaukolės, ir auka mirė nuo žaizdos infekcijos (RGSt 70, 257). Lygiai taip pat būtų, jei nuo tilto į upę numestas mažas vaikas mirtų ne prigėręs (kaip to siekė kaltininkas), bet atsitrenkęs į tilto atramą ar į po tiltu plaukiantį burlaivį.

Herzbergas (ZStW 85, 867) nesilaiko vyraujančios nuomonės ir veikos tyčios ribas sieja su siauresne „bendrojo suvokimo" samprata. Taip jis nori paneigti galimybę subjektyviai inkriminuoti padarinius, kurie atsirado ne ta forma, kuriai jie buvo numatomi, ir mūsų minėtu (vaiko numetimo nuo tilto) atveju, jo nuomone, kaltininkas turi būti baudžiamas už pasikėsinimą nužudyti, o ne už baigtą tyčinį nužudymą, jeigu jis buvo įsitikinęs, kad apačioje yra tik vanduo (anksčiau nurodytoje vietoje, S. 888; modifikacijas žr. JA 81, 374, nuoroda 31). Tokiai nuomonei negalima pritarti. Dėl objektyvaus inkriminavimo nekyla jokių abejonių, nes per konkretų padarinį buvo realizuota grėsmė, kilusi dėl kaltininko veikos. Šiuo atveju pabrėžtina, kad jei asmuo, norėdamas nužudyti vaiką, numeta jį nuo tilto į upę, kur stovi tilto atramos ir plaukioja burlaiviai, tai toks asmuo sukuria grėsmę vaikui ne tik nuskęsti, bet ir grėsmę būti mirtinai sužalotam. Tokiu atveju subjektyvus mirties, kaip šios veikos padarinio, inkriminavimas taip pat yra galimas. Esmė yra tai, kad kaltininko tyčia buvo nukreipta nužudyti vaiką numetant jį nuo tilto (ne vien tik „nuskandinti", kaip, pvz., „laikyti po vandeniu" atveju), ir šis tikslas, tiesiogiai įvykdžius veiką, buvo pasiektas. Esant tokiam santykiui tarp veikos realizavimo ir siekiamų padarinių būtų neteisinga kaltininko įsivaizduojamos ir realios įvykių eigos neatitikimą laikyti „esminiu" ir paneigti mirties padarinių subjektyvų inkriminavimą (*Roxin*, Würtenberger-Festschr., S. 109, 116).

262 Ypatingą klaidos dėl priežastinės eigos atvejį turime tada, kai įvykis susiskaido į du veiksmus ir kaltininkas mano, kad jau pirmuoju veiksmu pasiekė norimų padarinių (= kai 7 d atveju W nušauna F), nors iš tikrųjų šie padariniai atsiranda tik po antrojo veiksmo, įvykdyto norint nuslėpti nusikalstamą veiką (= mirusiu laikomas F nuskandinamas miško ežere).

263 Pagal *Dolus generalis* teoriją abu veiksmai sudaro vieningą poelgį, kurio ir antrąją dalį apima nužudymo tyčia (plg. *Welzel*, LB, S. 74). Remdamiesi šiuo požiūriu turime baigtą tyčinę veiką.

264 Priešinga nuomone, tokio poelgio atskiri veiksmai laikomi dviem savarankiškais poelgiais su skirtingomis tyčiomis. Taigi atliekant antrą veiksmą, nužudymo tyčia jau išnyksta, todėl turime keletą veikų, kurios sudaro pasikėsinimo nužudyti ir neatsargaus nužudymo sutaptį (plg. *Hettinger*, Spendel-Festschr. S. 237 ir JuS 1992, L 81; *Hruschka*, JuS 82, 317; *Kühl*, AT §13, Nr. 48; *Maiwald*, ZStW 78, 30 ir toliau, 54).

265 Nė vienai iš nuomonių negalima pritarti. Negalima sutikti nei su tuo, kad nužudymo tyčia „veikia toliau", nei su tuo, kad ji atskirtai gali būti susijusi su „antru poel-

giu". Dėl to, kad su nužudymo tyčia susijęs „pirmasis poelgis", iš esmės sutariama abiem atvejais. Dėl šio poelgio įvykdytas antrasis veiksmas savo padariniais viso vieningo įvykio rėmuose reiškia neesminį nukrypimą realią įvykių eigą lyginant su kaltininko įsivaizduotąja. Todėl baudžiama turi būti už baigtą tyčinę veiką, jei galutinio padarinio atsiradimas galėjo būti numatytas ir, atsižvelgiant į kaltininko įgyvendinimo valią, nėra „neadekvatus" įvykis (išsamiau apie tai *Baumann-Weber*, AT §26 II 4 b; *Jescheck*, AT §29 V 6 d; *Lackner*, §15, eilės Nr. 11; *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, S. 54; *Sch-Sch-Cramer*, §15, Nr. 58; *Triffterer*, Klug-Festschr., S. 419, 436).

266 Kartais siūloma ir kitokių sprendimo būdų. Taip priklausomai nuo požiūrio į „plano įgyvendinimą" *Roxinas* (AT §12, Nr. 153 ir toliau) tokius atvejus diferencijuoja: pagal jį, esant sąmoningam elgesiui, turėtų būti baigta tyčinė veika, o paprasto tyčinio poelgio atveju – tik pasikėsinimas. *Jakobsui* (AT 8/77-79) svarbiausia yra tai, ar įgyvendinta kaltininko įsivaizdavimą atitinkanti rizika. *Seileriui* (ÖJZ 94, 85) svarbu – buvo ar nebuvo vieningas poelgis. Priešingai galvoja *Wolteris* (ZStW 89, 649). Jis mano, jog pakanka vien tik objektyvaus inkriminavimo taisyklių (taip pat mano *Schmolleris*, ÖJZ 82, 449, 487).

267 Septintu d atveju viskas priklauso nuo F nužudymo. Jeigu norint nuslėpti nužudymą nebūtų įvykdytas antrasis poelgis (= tariamo lavono paskandinimas ežere), F būtų nukraujavęs ir miręs nuo šautinės žaizdos. Ta aplinkybė, kad antruoju veiksmu W pats tapo savo tyčinio baudžiamojo teisės pažeidimo baigimo įrankiu, netrukdo nei objektyviam, nei subjektyviam mirties padarinių inkriminavimui, jo naudai nereikia „kokio nors kitokio teisinio vertinimo" (plg. BGHSt 14, 193; 23, 133). Taip pat nėra jokio skirtumo, ar pats kaltininkas tariamą lavoną įmetė į vandenį, ar tai padarė trečiasis asmuo. Kadangi taip pat nėra būtina, kad veikos sudėties tyčia egzistuotų padarinių atsiradimo momentu (RGSt 57, 193), todėl 7 d atveju W turi būti kaltinamas dėl padaryto baigtinio tyčinio nužudymo.

§8. PRIEŠINGUMAS TEISEI. NETEISĖTOS IR LEISTINOS VEIKOS SUDĖTYS. BŪTINASIS REIKALINGUMAS, BŪTINOJI GINTIS IR NUSIKALTĖLIO SULAIKYMAS – KAIP PAGRINDAI, PAŠALINANTYS BAUDŽIAMĄJĄ ATSAKOMYBĘ

268 Aštuntasis atvejis. Pas veterinarijos gydytoją T dirbanti virėja K yra pažadėjusi ligoninėje aplankyti pacientą P. K, norėdama gražiau atrodyti, pasiima į kongresą išvykusios T rankinę ir skėtį. Einančią per miškelį K užpuola lapė, kuri, K manymu, yra pasiutusi. Neturėdama kitos išeities, K smogia lapei skėčiu, užmuša ją, bet sulaužo skėtį.

Tuo pat metu nemalonumų nutinka ir P. Gydytojo asistentas A ir medicinos asistentas M, naudodami jėgą, paima iš P kraujo, skubiai reikalingo į ligoninę atgabentam sužeistajam S, kuris gali mirti, jeigu bus laukiama, kol gaus konservuoto kraujo. Nors P ir buvo paaiškinta, kad S gali mirti, nes nėra kito donoro, turinčio tokios retos grupės kraujo, jis, būdamas pakankamai tvirtas, priešinasi suduodamas smūgį M į veidą ir sužaloja jam lūpą.

I. Kaip vertintinas dalyvių elgesys teisėtumo ar priešingumo teisei požiūriu?

269 T priklausančią rankinę ir skėtį K paėmė naudojimui negavusi leidimo. Kadangi K abu daiktus paėmė tik laikinai, tai toks šių daiktų paėmimas laikinai pasinaudoti neatitinka nusikalstamos veikos sudėties (ir todėl nebaustinas). Tuo metu T buvo tvirtai įsitikinusi, kad šiuos daiktus grąžins. Skėčio sugadinimas panaudojant jį kaip ginklą gynybai ir realizuoja §303 numatytą subjektyviąją ir objektyviąją veikos sudėtį: šiuo atveju kaltės forma mažiausiai yra *dolus eventualis*.

Lapės užmušimas nepatenka į §303 reglamentavimo sferą, nes lapė nėra „svetimas", o yra tik bešeimininkis daiktas. Laukiniai žvėrys, būdami laisvėje (ne zoologijos sode), neturi šeimininko ir nėra kieno nors nuosavybė. Taip nustato CK §960 I. Tačiau pagal Federalinio medžioklės įstatymo §2 I Nr. 1 teisė užmušti lapę ir ją pasisavinti priklauso tiems, kurie turi teisę medžioti atitinkamame medžioklės plote (šio įstatymo §1 ir kiti). Todėl K, tyčia užmušdama lapę, brakonieriavo §292 I 1-os alternatyvos prasme; „užmušimo" sąvoka apima ir laukinio medžiojamo žvėries nužudymą, neturint tikslo šį žvėrį pasisavinti, padarant tai ne medžioklės būdu.

Kyla klausimas, ar konkrečioje situacijoje K elgėsi priešingai teisei.

270 1. Poelgis priešingas teisei tuomet, kai yra realizuota neteisėtos veikos sudėtis ir nėra pagrindų, šalinančių baudžiamąją atsakomybę.

Siaurąja prasme vien tik veikos sudėtis negali apimti visų materialaus „neteisėtumo" požymių. Veikos sudėtį atitinkantis elgesys turi būti tikrinamas specialiu lygiu visos teisėtvarkos požiūriu, taigi jis turi būti papildomai kontroliuojamas. Tik įvertinus „priešingumą teisei" galima iki galo nuspręsti, ar veika yra teisėta, ar priešinga teisei.

271 Veikos sudėtį atitinkantis poelgis konkrečioje situacijoje gali būti pateisintas, kai dėl tarp veikos sudėties pagrindą sudarančios draudžiamosios ar įpareigojančiosios normos ir esančio leidimo atitinkamai elgtis yra tam tikra kolizija. Neteisėtų veikų sudėtims gali prieštarauti vadinamosios leistinosios veikos sudėtys, išimtiniais atvejais leidžiančios elgtis pažeidžiant teisinį gėrį. Baudžiamąją atsakomybę šalinančių pagrindų pavidalu egzistuojantys leidimai užkerta kelią tuo atveju, kai šie leidimai galioja tam, kad pagrindiniai draudimai (žudyti kitus, žaloti kitų kūną ir t.t.) būtų vertinami kaip teisinė pareiga. Pateisinamas tas elgesys, kuris nors ir atitinka veikos sudėtį, bet nepažeidžia teisinių pareigų.

272 Jei teisinį gėrį pažeidžiantis poelgis yra leistinas, tai įvykdyta neteisėtos veikos sudėtis netenka prasmės, kurią tokios veikos sudėties realizavimas turi. Pateisinamas elgesys yra leistinas tada, kai siekiama kitų, teisėtvarkos požiūriu, vertingų tikslų (pateisinimas moralės prasme nėra būtina sąlyga).

273 Konstatuodamas baudžiamųjų veikų sudėtis, įstatymų leidėjas pirmiausia mąsto apie tai, nuo kokių pažeidimų teisinis gėris turi būti apsaugotas, ir ar grasinimas bausme yra būtina ir tinkama priemonė jam apsaugoti teisinį gėrį. Tačiau formuluojant aplinkybes, šalinančias baudžiamąją atsakomybę, svarbiausias klausimas – ar leistinos pagrindinio draudimo išimtys ir ar draudžiamas elgesys, esant tam tikroms prielaidoms, gali būti leistinas.

274 Aplinkybės, šalinančios baudžiamąją atsakomybę, kyla iš statutinės arba iš paprotinės teisės, todėl jos nebūtinai turi būti įtvirtintos įstatyme.

Veiksmai, kurie pagal privatinės ar viešosios teisės taisykles kaip išimtys yra leistini ir teisėti (pvz., CK §228, 904; BPK §81 ir toliau, 127), toje pačioje situacijoje negali būti vertinami kaip priešingi teisei ir neteisėti baudžiamosios teisės požiūriu. Čia galioja vienybės ir prieštaravimų negalimumo teisėtvarkoje principas (plg. RGSt 61, 242, 247; BGHSt 11, 247; LK-*Hirsch*, Nr. 10 prieš §32; nuomonę, prieštaraujančią šio principo atvirkštiniam taikymui tuo atveju, kai aplinkybės, šalinančios baudžiamąją atsakomybę, yra įtvirtintos baudžiamajame įstatyme, žr. *Günther*, Spendel-Festschr., S. 189; *Roxin*, AT §14, Nr. 30 ir toliau).

275 2. Draudžiančiųjų ir leidžiančiųjų nuostatų struktūrose esama tam tikrų panašumų. Veikos sudėtis siaurąja prasme yra sudaryta iš objektyvių ir subjektyvių neteisėtumo elementų, o leidžiančios veikos sudėtys sudarytos iš objektyvių ir subjektyvių atleidimo nuo baudžiamosios atsakomybės elementų. Pagal vyraujančią nuomonę veikos sudėtį atitinkantis poelgis negali būti pateisintas vien todėl, kad egzistuoja objektyvių prielaidų atleisti nuo baudžiamosios atsakomybės. Nuo atsakomybės atleidžiama tuo atveju, kai kaltininkas suvokia atleidimo nuo atsakomybės situaciją ir elgiasi naudodamasis iš šio suvokimo išplaukiančiais įgaliojimais. Pagal atleidimo nuo atsakomybės subjektyvių elementų teoriją teisėtai veikia tik tas, kuris nori teisingai elgtis leidžiančiosios nuostatos pagrindu. Būtinajai ginčiai subjektyviai priklauso „noras gintis“ (BGHSt 5, 245; BGH GA 180, 67), atleidimo nuo bausmės būtinajam reikalingumui kaip aplinkybei, šalinančiai baudžiamąją atsakomybę, - „noras išgelbėti“ (BGHSt 2, 111, 114; OLG Karlsruhe JZ 84, 240), nukentėjusiojo sutikimui kaip aplinkybei, šalinančiai baudžiamąją atsakomybę, – veikos darymas „žinant apie atsisakymą nuo teisinio gėrio“ (*Jescheck*, AT §34 V), teisei bausti – „noras pataisyti“ (RGSt 67, 324) ir t.t.

276 Ir tarp šalininkų egzistuoja nemažai skirtingų požiūrių apie subjektyvių aplinkybių, šalinančių baudžiamąją atsakomybę, elementų pagrindą, turinį ir atribojimą (žr. *Geppert*, Jura 95, 103; LK-*Hirsch*, Nr. 50 ir toliau prieš §32; *Kühl*, Jura 93, 233 su kitomis nuorodomis). Kai kurie autoriai mano, jog pakanka to, kad veikiantysis paprasčiausiai suvokia, jog yra baudžiamąją atsakomybę šalinanti situacija (plg. *Frisch*, Lackner-Festschr., S. 113, 135 ir toliau; *Sch-Sch-Lenckner*, Nr. 14, 16 prieš §32; kitokią nuomonę žr. *Loos*, Oehler-Festschr., S. 221; *Prittwitz*, GA 1980, 381).

277 Kai kas neigia, kad subjektyvūs aplinkybių, šalinančių baudžiamąją atsakomybę, elementai iš viso egzistuoja (*Spendel*, Bockelmann-Festchr., S. 245 ir Oehler-Festschr., S. 197); kiti nepripažįsta juos egzistuojant tam tikrais atvejais (ypač esant sutikimui; plg. Baumann-Weber, AT §21 I 3c; *Gallas*, Bockelmann-Festschr., S. 155, 174). Jeigu vadovaujamasi tuo, jog neegzistuoja grynai objektyvus neteisėtumo pagrindimas ir kad veikos neteisybės turinį nulemia poelgio ir padarinių žalingumas (žr. Nr. 15), tai ir kalbant apie neteisybę šalinančius pagrindus negalima teigti, kad egzistuoja grynai objektyviai pagrįstas pateisinimas. Teisinį gėrį pažeidžiančios veikos padarinių ir poelgio žalingumas kompensuojamas tik tada, kai esama subjektyvių ir objektyvių atitinkamos leidžiančios nuostatos elementų. Kaip baudžiamąją atsakomybę šalinančių aplinkybių buvimas nepašalina teisinio gėrio pažeidimo (Nr. 126), taip ir objektyvūs bei subjektyvūs

atleidimo nuo atsakomybės elementai neturi poelgio ir padarinių žalingumą šalinančio poveikio; jie šį žalingumą tik kompensuoja (išsamiau apie tai žr. *Puppe*, Festschr. für Stree/Wessels, S. 183).

278 Jeigu kaltininkas įstatyme nustatytą veikos sudėtį realizuoja nesuvokdamas, kad objektyviai egzistavo pateisinanti situacija, tai jo elgesys yra „priešingas teisei", nes tik tuo atveju, kai visai atitinka objektyvios ir subjektyvios prielaidos, išnyksta neteisėtumas. Pagal vyraujančią nuomonę tokiu atveju turi būti baudžiama tik už baigtą priešingą teisei veiką; priešinga nuomonė – ir už pasikėsinimą.

Plačiau apie vyraujančią nuomonę žr. RGSt 62, 138; BGHSt 2, 111; 3, 194; LK-*Hirsch*, Nr. 59-61, prieš §32, Priešingą nuomonę žr. *Frisch*, Lackner-Festschr., S. 113, 138; *Herzberg*, JA 86, 190; *Roxin*, AT §14, Nr. 94, 102.

279 Teisingiau būtų, jeigu tokiu atveju būtų taikomos taisyklės dėl pasikėsinimo: su veikos sudėties realizavimu susijęs padarinių žalingumas yra kompensuojamas dėl objektyviai egzistuojančios pateisinimo būklės; veikos žalingumo turinys, kaip ir netinkamo pasikėsinimo atveju, apsiriboja subjektyviu poelgio žalingumu, pasireiškiančiu siekimu padaryti teisės pažeidimą. Todėl visai priimtina nuomonė, jog kaltininko naudai pagal prasmę turi būti taikomos taisyklės apie pasikėsinimą, o netraukiama baudžiamojon atsakomybėn už baigtą veiką (išsamiau apie tai žr. *Jakobs*, AT 11/23; *Jescheck* AT §31 IV 2; *Maurach-Zipf*, AT §25, Nr. 34; *Schlüchter*, Irrtum, S 181, 185; apie §218 a taip pat žr. BHGSt 38, 144, 155). Jei už pasikėsinimą nėra baudžiama, tuo atveju neturėtų būti baudžiama ir už tokią veiką (KG GA 1975, 213, 215).

280 Atvirkštinėje situacijoje, nors ir egzistuoja atitinkamas subjektyvus pateisinimo elementas (noras gintis §32 prasme), bet nėra objektyvių pateisinimo prielaidų, turime klaidą dėl leidžiančios veikos sudėties (= klaidingas pateisinamos būklės suvokimas) arba klaidą dėl leidimo (pvz., klaidingą teisinių būtinosios ginties ribų, kurių kaltininkas nesilaikė, suvokimą). Apie tokios klaidos teisinius padarinius žr. Nr. 469 ir toliau.

281 3. Jeigu paaiškėja, kad veikos sudėtį atitinkantis poelgis yra priešingas teisei, tai yra aišku, kad veikiantysis įvykdė neteisėtumą. Todėl literatūroje sąvokos „priešingumas teisei" ir „neteisėtumas" dažnai vartojamos kaip sinonimai, nors šios sąvokos ne visada reiškia tą patį, jomis gali būti išreikšti ir skirtingi dalykai: konstatuojant, kad poelgis yra priešingas teisei, atsižvelgiama tik į tam tikrą atitinkamo elgesio būdo bruožą, būtent – į šio elgesio neatitikimą teisines normas. Toks sprendimas apie žalingumą nereiškia, jog pakylama į aukštesnę pakopą, nes „priešingesnė teisei" už „priešingą teisei" veika negali būti. Ir atvirkščiai, egzistuoja skirtingos neteisėtumo pakopos ir laipsniai: nužudymo neteisėtumas yra kur kas didesnis už kūno sužalojimo ar daiktų sugadinimo neteisėtumą. „Neteisėtumo" sąvokoje slypi kažkas substancialaus, būtent – su priešinga teisei veika susijęs socialinis etinis žalingumas. Dalykine prasme šios sąvokos yra tapačios: jos abi, nors ir skirtingai, parodo konkrečios veikos žalingumą.

II. Aplinkybių, šalinančių baudžiamąją atsakomybę, sistema

282 1. Daugeliui draudžiančių normų gali prieštarauti didelis, bet neužbaigtas leidžiančių nuostatų, išbarstytų po įvairias teisės sritis, katalogas. Pavyzdžiui:

a) būtinoji gintis (BK §32, CK §227);

b) leistinoji savigyna (CK §229, 561, 859, 1029);

c) būtinasis reikalingumas civilinėje teisėje (CK §228, 904);

d) būtinasis reikalingumas kaip bendra baudžiamąją atsakomybę šalinanti aplinkybė (CK §34, ATPK §16);

e) pareigų kolizija kaip aplinkybė, šalinanti baudžiamąją atsakomybę;

f) sutikimas kaip aplinkybė, šalinanti baudžiamąją atsakomybę, ir tariamas sutikimas;

g) teisėtų interesų gynimas garbės įžeidimo atveju (§193);

h) tėvų ir nustatytų auklėtojų teisė bausti;

i) teisė sulaikyti pagal BPK §127, BVK 87;

k) tarnybiniai įgaliojimai, teisės ir specialios pareigūnų teisinės pareigos (pvz., pagal BPK §81 ir toliau, CPK 758, 808, 909);

l) politinė teisė priešintis pagal Konstitucijos 20 straipsnio IV dalį.

283 Ginčytina (bent jau kai kuriais atvejais) tai, ar leistina rizika gali būti aplinkybės, šalinančios baudžiamąją atsakomybę, pagrindas (plg. *Baumann-Weber*, AT 21 II 4 a).

Leistina rizika negali būti pripažinta savarankiška teisine figūra. Ši rizika yra tik bendra sąvoka struktūriškai besiskiriančioms atskirų atvejų variacijoms, kai dažniausiai (pvz., neatsargumo atvejais nekreipiama dėmesio į eismui būtiną rūpestingumą), baudžiamosios teisės požiūriu, elgesys nėra ypač žalingas (tiksliau žr. *Herzberg*, JR 86, 6; *Jescheck*, AT §36 I 1; *Kindhäuser*, GA 1994, 197; *Maiwald*, Jescheck-Festschr., S. 405 su tolesnėmis nuorodomis).

284 2. Esminis leidžiančiųjų nuostatų bruožas yra tas, kad jos kaltininką pateisina atitinkamai apkaltindamos nuo veikos nukentėjusįjį. Kol atitinkama baudžiamąją atsakomybę šalinanti aplinkybė (tipišku atveju) kartu su leidimu elgtis garantuoja ir teisę imtis ryžtingų priemonių (= teisė pažeisti kitų asmenų teisinį gėrį), tol tas asmuo, kurio atžvilgiu daromas pateisinamas poelgis, sukeliantis atitinkamų padarinių, yra įpareigotas pakęsti šį poelgį ir jo padarinius.

Taip, pvz., užpuolikas būtinosios ginties ar teisėtos teisių ir interesų gynybos atveju privalo toleruoti gynybą §32 pagrindu bei įsibrovimą į savo teisinę sferą; jis negali griebtis atsakomosios „būtinosios ginties“. §32 nepateisina trečiųjų situacijoje nedalyvaujančių asmenų teisinio gėrio pažeidimo (RGSt 58, 27; BGHSt 5, 245, 248), tačiau iš kitų teisinių nuostatų (pvz., iš CK §904, 208) įsibrovimas gali būti pateisinamas, ir tų asmenų pareiga susitaikyti su šiuo įsibrovimu. Priklausomai nuo aplinkybių, šių asmenų gynybinis poelgis gali būti pagrįstas kaltę šalinančiu būtinuoju reikalingumu (§35; apie tai žr. BGH NStZ 89, 431).

285 3. Baustinas bendrininkavimas (§26, 27) galimas tik tada, kai yra daroma priešinga teisei veika. Jei vykdytojo elgesys objektyviai ir subjektyviai yra pateisinamas, tai negali būti nei padėjimo, nei kurstymo.

Tačiau tuo atveju, kai tiesiogiai veikiantis asmuo elgiasi teisėtai, gali kilti klausimas dėl provokatoriaus, kaip netiesioginio vykdytojo (plg. BGHSt 3, 4; 10, 306; išsamiau apie tai žr. Nr. 535 ir toliau).

286 4. Baudžiamąją atsakomybę šalinančios aplinkybės literatūroje taip pat vadinamos „neteisėtumą šalinančiais pagrindais"; daugumos nuomone, abu pavadinimai yra lygiareikšmiai.

Dėl lygiareikšmiškumo *Güntheris* (Strafrechtswidrigkeit, S. 255) skiria bendras baudžiamąją atsakomybę šalinančias aplinkybes (pvz., 32, 34) ir „baudžiamąją neteisybę šalinančius pagrindus" (pvz., 193, 218 a; į panašios būklės būtinąjį reikalingumą). Jo nuomone, tokie baudžiamąjį neteisėtumą šalinantys pagrindai negali padaryti elgesio teisėto, jie tik pašalina baustinumą už neteisėtumą ir daro negalimą baudžiamąją veikos sudėtį atitinkančio elgesio pasmerkimą. Kritiškai apie tai: *Roxin*, Oehler-Tesyschr., S. 181 ir JuS 88, 425, 430; *Rudolphi*, Gedschr. Für Armin Kaufmann, S. 371; *Sch-Sch-Lenckner*, Nr. 8, prieš §32; *Weber*, JZ 84, 276.

287 5. Jei vienu metu egzistuoja kelios baudžiamąją atsakomybę šalinančios aplinkybės, tai jos viena nuo kitos nepriklauso ir gali būti taikomos atskirai (pvz., CK §859, 229 šalia §32, plg. OLG Schleswig NStZ 87, 75); tik išskirtiniais atvejais viena aplinkybė gali pašalinti kitą.

Pirmiausia tai svarbu esant pateisinamam būtinajam reikalingumui: neįprastose konfliktinėse situacijose taikomos specialios taisyklės, įtvirtintos CK §228, 904, o BK §34 dėl *ultima ratio* paprastai nėra taikomas (plg. *Lackner*, §34, Nr. 14; *Seelmann*, Das Verhältnis des §34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, 1978, S. 75; *Warda*, Maurach-Festschr., S. 143; kitaip mano *Hellmann*, Die Anwendbarkeit der zivilrechtl. Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1987, S. 106 ir toliau). Dėl atskirų klausimų esama esminių nuomonių skirtumų (išsamiau apie tai žr. *Roxin*, AT 14, Nr. 47 su kitomis nuorodomis).

288 6. §32, 34 įtvirtintos baudžiamąją atsakomybę šalinančios aplinkybės taikomos ne tik privačių asmenų, bet ir pareigūnų santykiuose, jeigu specialūs aktai nenustato siauresnių ar galutinių ypatingų taisyklių (plg. BGHSt 27, 260; BayObLG JZ 91, 936). Taip, pvz., nekyla abejonių, kad §193 gali būti taikomas tuo atveju, kai prasimanymai apie garbę susiję su tarnybine veikla, ir kad BPK §127 I gali remtis ne tik privatus asmuo, bet ir pareigūnas.

289 Ypač šis klausimų kompleksas ginčytinas tada, kai kalbama apie tai, jog policija panaudoja šaunamuosius ginklus savigynos ribose ir tais atvejais, kai reikia apsisaugoti nuo terorizmo grėsmės (pvz., svetimų pokalbių klausymasis nepažeidžiant tolimojo ryšio slaptumo ar netikrų asmens dokumentų išdavimas, siekiant buvusius teroristus apsaugoti nuo buvusių bendrininkų. Tiksliau apie §34 taikymą tokiais atvejais žr. *Sch-Sch-Lenckner*, §34, Nr. 7). Reikėtų pritarti požiūriui, kad policijos pareigūnų teisė panaudoti šaunamąjį ginklą gali kilti ir iš §32, kai ginklas naudojamas tiek siekiant apginti save, tiek kitų asmenų teises ar teisėtus interesus. Apie tai verta skaityti BayOblG MDR 91, 367; *Bockelmann*, Dreher-Festschr., S. 235; *Kühl*, Jura 93, 233, 236; *R.Lange*, JZ 76, 546; Schwal-

be, JZ 74, 634 ir NJW 77, 1902. Priešingą požiūrį žr. *Amelung*, NJW 77, 833; 78, 623; JuS 86, 329; LK-*Hirsch*, 34, Nr. 6 ir toliau; kitą nuomonę žr. *Kirchhof*, NJW 78, 969; *Rogall*, JuS 92, 551; *Seebode*, Klug-Festschr., S. 359; *Sydow*, JuS 78, 222.

III. Būtinasis reikalingumas pagal civilinę teisę

290 Pradiniu atveju K, užpulta lapės, nebuvo „būtinosios ginties būklėje", nes užpuolimą, kurį būtų galima vertinti kaip priešingą teisei, gali padaryti tik žmogus; kai pavojus kyla dėl žvėrių ar negyvų daiktų, turi būti taikomas BK §32, CK §228, o ne BK §32 (RGSt 34, 295; kitą nuomonę žr. LK-*Spendel*, §32, Nr. 44; §32 turi būti taikomas, kai užpuolikas – žmogus – ant kitų žmonių užsiundo šunis: BGHSt 14, 152). Tokiu atveju turėtų būti taikomos būtinojo reikalingumo taisyklės.

291 Būtinuoju reikalingumu vadinama situacija, kai kyla pavojus teisiškai saugomiems interesams ir kai išvengti šio pavojaus galima tik svetimų interesų sąskaita.

292 Galiojanti teisė laikosi diferencijavimo teorijos ir skiria „atsakomybę šalinantį" ir „kaltę šalinantį" būtinąjį reikalingumą.

Atsakomybę šalinančio būtinojo reikalingumo atvejai (CK §228, 904, BK §34, ATPK §16) remiasi svarbesnio intereso principu. Šiais atvejais poelgis, kuriuo siekiama išsigelbėti, vertybes ir interesus įvertina kaip tinkamą priemonę siekiant teisėto tikslo.

Kitaip yra kaltę šalinančio būtinojo reikalingumo (§35) atvejais, kai turima lygiaverčių interesų kolizija ir konfliktai, kurių metu, nepaisant tolesnio įpareigojamos normos galiojimo, iš kaltininko negali būti reikalaujama normas atitinkančio elgesio. Teisėtvarka tokiais atvejais nuolaidžiauja taip, kad, nepaisant teisinio veikos pasmerkimo, asmuo nėra apkaltinamas (plačiai apie tai žr. *Küper*, JZ 83 ir JuS 87, 81; *Roxin*, JuS 88, 425; apie „Karneado lentą" žr. *Hruschka*, GA 1991, 1).

293 1. Gynyba, esant būtinajam reikalingumui, susijusiam su atitinkamu gynimusi (CK §228), pateisinama remiantis argumentu, kad asmens, kuriam gresia pavojus, apsaugos interesai turi būti svarbesni už savininko interesą išsaugoti daiktą, kuris pažeidžiamas panaudojant gynybines priemones.

Svetimų daiktų sugadinimas arba pakenkimas jiems tokioje situacijoje nėra priešingas teisei, jeigu tai daryti būtina, kad bet kokios rūšies saugotini interesai išvengtų gresiančio pavojaus, ir atsiradusi žala nėra proporcinga gresiančiam pavojui. CK §228 nereikalauja, kad ginamos teisinės vertybės būtų vertingesnės už sugadintą daiktą, kadangi su gynyba susijęs poelgis yra nukreiptas prieš objektą, kuris kelia tam tikrą pavojų. Pareiga žalą atlyginti asmeniui, veikusiam nepaprastosios padėties situacijoje, atsiranda tik tuomet, kai jis pats yra kaltas dėl pavojaus atsiradimo (CK §228 antras sakinys), tačiau ir tokiu atveju gynyba yra teisėta.

294 Pradiniu atveju lapė – ne „svetimas", o neturintis šeimininko daiktas. Tuo atveju, kai nekalbama vien tik apie laukinių žvėrių laukams daromą žalą (Federalinio medžioklės įstatymo §26), ir medžioklės teisės sferoje atitinkamai turi būti taikomas CK §228 (KG JW 35, 2982, Nr. 64). Tai, kad K užmuša lapę, pagal analogiją su CK §228, yra pateisinama (nereikia remtis BK §34; plg. Nr. 287). Todėl brakonieriavimo, už kurį būtų galima traukti baudžiamojon atsakomybėn, šiuo atveju nesama.

295 2. T skėčio, K panaudoto kaip gynybos ginklo, sulaužymas (§303) gali būti pateisinamas remiantis CK §904.

Priešingai negu CK §228, agresyvaus būtinojo reikalingumo situacijoje teisė leidžia (CK §904) daryti poveikį tiems daiktams, kurie niekaip nėra susiję su pavojaus šaltiniu.

Pagal šias nuostatas savininkas negali uždrausti paveikti jo daiktus, jeigu tai daryti būtina, kad būtų išvengta realiai gresiančio pavojaus, ir jeigu gresianti žala neproporcingai didesnė už žalą, kuri atsiranda dėl daiktams daromo poveikio.

Pagrindinė šios taisyklės mintis glūdi teisinės visuomenės solidarume, kad esant tam tikrai situacijai atskiras individas būtų pasiruošęs pasiaukoti.

Aišku, pasiaukojimo iš būtinojo reikalingumo situacijoje nedalyvaujančio savininko gali būti reikalaujama tik garantuojant jam teisę į žalos atlyginimą (CK §904 antras sakinys) ir tik esant prielaidai, kad gėrių palyginimas parodys, jog asmeniui, kuriam grėsė pavojus, buvo naudinga padaryti žalą svetimam daiktui (plg., BGHJR 85, 283).

296 Pradiniu atveju K atrodė, kad lapė yra pasiutusi, todėl užpultosios K sveikatai ir gyvybei iškilo rimtas pavojus. Galima buvo bijoti, kad lapė jai įkąs ir užkrės pasiutlige. Kadangi lapės nebuvo galima nubaidyti ir nebuvo galima naudoti jokių kitų gynybos priemonių, K naudai gali būti taikomas CK §904; priešingo teisei daikto sugadinimo (§303 I) skėčio sulaužymo atveju nėra; K pagal civilinę teisę privalo atlyginti T padarytą žalą.

IV. Būtinasis reikalingumas kaip bendroji baudžiamąją atsakomybę šalinanti aplinkybė

297 A ir M, panaudodami jėgą, iš P paėmė kraujo, reikalingo išgelbėti S. Jėgos naudojimo metu P negalėjo naudotis asmenine teise laisvai judėti ir turėjo tai pakęsti. A ir M savo poelgiu objektyviai ir subjektyviai realizavo prievartavimo (§240 I), laisvės atėmimo (§239 I) ir kūno sužalojimo (§223, 223 a = padarytų bendrai veikiančių asmenų grupės) veikų sudėtis.

298 Nustatant priešingumą teisei čia reikia vadovautis skirtingomis taisyklėmis. Bendras principas, kad įstatyme numatytos veikos sudėties realizavimas liudija apie priešingumą teisei, bet priešingumas teisei išnyksta, jeigu veikos sudėtį atitinkantis poelgis yra padarytas esant baudžiamąją atsakomybę šalinančioms aplinkybėms, yra taikytinas §239 I ir 223, 223 a pažeidimo atžvilgiu, tačiau šis procesas negali būti pritaikytas §240 atžvilgiu. Prievartavimo baudžiamoji veikos sudėtis savo struktūroje turi ypatybių, dėl kurių prievartos panaudojimas §240 I prasme neliudija apie veikos priešingumą teisei (plačiau apie tai BVerfGE 73, 206; BGHSt 35, 270, 275). Čia reikia, kad būtų nukrypta nuo įprastinės nusikaltimo struktūros, nes labai plačiam veikos sudėties aprašymui (1 d.) reikia pataisos (2 d.), kad elgesio baudžiamumas pasiektų priimtiną ribą. §240 II įtvirtinta priešingumo teisei taisyklė turi garantuoti, kad kaltininkas, kuris, siekdamas tikslo, panaudoja tam tikras prievartos priemones, būtų baudžiamas tik atsižvelgus į apribojančią „pasmerkimo" prielaidą.

299 Pasmerkimas yra visos veikos vertinamasis požymis. Būtina šio požymio egzistavimo prielaida – svarbių neteisėtumo aplinkybių buvimas. Be to, šis požymis yra ir vertinimo kriterijus. Tokio pobūdžio požymiai, kurių BK yra tik keletas, skirstomi į vertinimo pagrindą ir vertinimo kriterijų. Pirmieji funkcionuoja dalykiškai, kaip neteisėtumo veikos sudėties papildymas, o vertinimo kriterijus, kaip bendras nusikaltimo elementas, yra susijęs tik su priešingumu teisei (dėl atskirų momentų ginčytina; plg. BGHSt 31, 195, 200; BayOblG NJW 92, 521; LK-*Schäfer*, §240, Nr. 66; *Roxin*, AT §10, Nr. 48). Pirmiausia tai svarbu klaidų atvejais: klaidingai manant, kad egzistuoja aplinkybės, kurios iš tikrųjų pašalintų padaryto prievartavimo pasmerkimą, turi būti taikomos tos pačios taisyklės kaip ir klaidingai suvokus situaciją dėl baudžiamąją atsakomybę šalinančių aplinkybių, remiantis §16 I 1 taisyklėmis dėl klaidos esant leidžiamajai sudėčiai (plg. BGH LM Nr. 3 apie BK §240, *Lackner/Kühl*, §240, Nr. 25; *Schmidt*, JA-Übungsblätter 83, 61; plačiau žr. Nr. 470 ir toliau). Ir priešingai, tas, kuris visiškai suvokdamas situaciją padaro klaidingą išvadą, kad jo elgesys nėra smerktinas, klysta dėl uždraudimo bei leidimo, su juo turi būti elgiamasi pagal §17 (BGHSt 2, 194; SK-*Horn*, §240, Nr. 54).

300 Pagal §240 II prievartavimas, jeigu nėra baudžiamąją atsakomybę šalinančių aplinkybių (tai būtina pirmiausia tikrinti), yra tik tada priešingas teisei, kai smurto panaudojimas ar grasinimas padaryti žalą siekiant konkretaus tikslo yra smerktinas (išsamiau apie tai *Wessels*, BT/1, Nr. 406 ir toliau).

Pradiniu atveju būtinasis reikalingumas (§34) A ir M atžvilgiu gali būti vertinamas kaip leidžiamoji norma.

301 Būtinasis reikalingumas – bendroji baudžiamąją atsakomybę šalinanti aplinkybė, kaip „aukščiau įstatymo esantis būtinasis reikalingumas“ teismų praktikoje išplaukia iš gėrių ir pareigų įvertinimo principo. Plačiausiai jis buvo pripažintas tada, kai pagal medicinos rekomendacijas būdavo siūloma nutraukti nėštumą (RGSt 61, 242; 62, 137; BGHSt 2, 111; 14, 1), tačiau šis principas yra taikomas ir esant visokių interesų kolizijoms (BGHSt 12, 299; BGH NJW 76, 680; išsamiau apie tai žr. *Bergmann*, JuS 89, 109; *Küper*, JZ 76, 515 ir Notstand, S. 101). Jo prielaidos dabar yra sunormintos BK §34.

302 1. Pirma būtina prielaida – tai tam tikra būtinojo reikalingumo situacija. Šis atvejis turimas, kai gresia realus pavojus gyvybei, sveikatai, laisvei, garbei, nuosavybei ar kitam teisiniam gėriui ir kai nuo šio pavojaus neįmanoma apsisaugoti nedarant neigiamo poveikio kitiems teisiškai pripažintiems interesams.

303 Būtinojo reikalingumo situacija gali susidaryti tiek dėl individualaus, tiek dėl visuomeninio teisinio gėrio, kuris konkrečioje situacijoje turi būti saugomas.

Nėra būtina saugoti tokio teisinio gėrio, nuo kurio savininkas teisiškai priimtinu būdu yra atsisakęs. Nėra vertas apsaugos toks teisinis gėris, kai su tam tikrais teisėje nustatytais jo apribojimais turi būti susitaikyta (pvz., teisės laisvai judėti praradimas atliekant laisvės atėmimo bausmę).

304 Kaip realiai gresiantis pavojus turi būti suvokiama tokia situacija, kuriai esant egzistuoja tikimybė, kad nesiėmus apsaugos priemonių gali atsirasti arba suintensyvėti žalingi padariniai (plg. BGH NStZ 88, 554; RGSt 66, 222; D-*Tröndle*, §34, Nr. 3, 4).

305 Toks pavojus grindžiamas spėjimu, kuris priklauso nuo poelgio metu egzistuojančių aplinkybių, ir pagal tą spėjimą prognozuojama atitinkama įvykių eiga. Vertinant situaciją ir prognozuojant įvykius būtina vadovautis ne būtinojo reikalingumo padėtyje veikiančio asmens (kuris gali klysti), bet objektyvaus stebėtojo žiniomis ir suvokimu. Vertinant situaciją ir gresiantį pavojų svarbiausia yra kompetentingo stebėtojo vertinimą apibendrinantis *ex ante*, kuris turi būti (be tam tikrų bendrųjų patyrimo žinių) pagrįstas ir galimomis ypatingomis būtinojo reikalingumo atveju veikiančio asmens žiniomis (išsamiau apie tai žr. *Jakobs*, AT 13/13; *Jescheck*, AT 33 IV 3 a; LK-*Hirsch*, §34, Nr. 27; *Rudolphi*, Gedschr. für Armin Kaufmann, S. 371, 387; *Schaffstein*, Bruns-Festschr., S. 89, kuris mano, kad reikia remtis objektyvaus stebėtojo „iš veikiančio asmens rato" suvokimu, tačiau tokiu atveju gresia sąvokos išplėtimas, kitaip mano *Sch-Sch-Lenckner*, §34, Nr. 13, kuris *ex ante* vertinimą nori apriboti prognoze ir remtis tik faktiškai egzistuojančiomis aplinkybėmis; apibendrina Dimitratos, Das Begriffsmerkmal der Gefahr in den strafrechtlichen Notstandsbestimmungen, 1989, S. 117 ir toliau).

306 Aplinkybės, egzistuojančios vien tik būtinojo reikalingumo situacijoje veikiančio asmens vaizduotėje, nepagrindžia pavojaus buvimo §34 prasme, tačiau tos aplinkybės gali pagrįsti tariamo būtinojo reikalingumo buvimą. Teisiniai padariniai tokiu atveju kyla pagal tokioje situacijoje galiojančias taisykles (žr. Nr. 471 ir toliau).

307 Pavojumi §34 prasme gali būti ir vadinamasis trunkamasis pavojus. Trunkamasis pavojus – tai ilgai trunkanti būklė (pvz., pastato nugriuvimo galimybė arba alkoholiko įprotis išgėrus mušti savo žmoną), kai gresia pavojus, jog kiekvienu momentu teisinis gėris gali būti pažeistas, bet kartu negali būti atmesta prielaida, kad kurį laiką neatsiras jokių padarinių. Esamu momentu gresiamu laikytinas toks trunkamasis pavojus, kai būtina veikti tuoj pat, kad būtų išvengta žalingų padarinių (išsamiau apie tai BGHJR 80, 113).

Pagal tai pavojaus egzistavimas esamu momentu suvokiamas plačiau negu užpuolimas „dabar" §32 prasme. Tai susiję su pavojaus ir užpuolimo skirtumu; „užpuolimo stadija" būtinosios ginties atveju reiškia ryškų pavojaus padidėjimą, t.y., kad vėliausiai „tuoj pat" grės teisinį gėrį pažeidžiantis elgesys (plg. Nr. 325).

308 2. Būtinojo reikalingumo poelgis, kaip priemonė išvengti pavojaus, turi būti objektyviai būtinas, o subjektyviai turi būti paremtas noru išgelbėti. Nesvarbu, ar veikiantis asmuo siekia išvengti gresiančio pavojaus sau ar kitiems asmenims; įstatymas būtinojo reikalingumo atveju leidžia suteikti pagalbą ir ginant kitų asmenų teises bei teisėtus interesus.

„Būtina" gali būti tik tai, kas yra tinkama norint išvengti pavojaus, ir tai, kas, objektyvaus kompetentingo stebėtojo požiūriu, atsižvelgiant į visas *ex ante* pripažintinas aplinkybes yra patikimiausias būdas gėriui, kuriam iškilusi grėsmė, apsaugoti (BGHSt 2, 242). Iš kelių tinkamų priemonių turi būti parenkama švelniausia. Jeigu egzistuoja galimybė išvengti pavojaus nepažeidžiant jokio teisinio gėrio arba laiku galima sulaukti pagalbos iš atitinkamų institucijų, tai šiomis galimybėmis turi būti pasinaudota (tai aiškiai skiriasi nuo §32 todėl, kad būtinosios ginties teisė neturi „užleisti vietos" neteisėtumui; plg. BGH NStZ 93, 333 su pastabomis *Roxin*).

309 Lig šiol teismų praktika iš kaltininko (kaip papildomo pateisinimo elemento) reikalavo „pareiga pagrįsto“ objektyvaus būtinojo reikalingumo prielaidų patikrinimo (RGSt 62, 138; BGHSt 2, 111; 3, 7; pritaria *Blei*, AT §44 V). Vadinamųjų „būtinumo teisių“ atvejais šis apribojimas yra abejotinas; išsamiau apie tai LK-*Hirsch*, §34, Nr. 77; *Küper*, Notstand, S. 115; *Maurach-Zipf*, AT §27, Nr. 46; iš esmės atmeta *Rudolphi*, Schröder-Gedschr., S. 73.

310 3. Esant būtinajam reikalingumui poelgio pateisinimas priklauso nuo dvejopo vertinimo. Vienu atveju lyginami susikertančių interesų lygiai, o antruoju – tikrinamas veikos socialinis etinis tinkamumas. Objektyviai būtinas ir subjektyviai noru išgelbėti pagrįstas būtinojo reikalingumo poelgis tada nėra priešingas teisei, kai:

a) lyginant susikertančius interesus, t.y. teisinį gėrį, į kurį kėsinamasi, ir gresiančio pavojaus laipsnį nustatoma, jog kaltininko saugomas interesas yra kur kas svarbesnis už interesą, į kurį kėsinamasi (= interesų palyginimas; apie tai žr. *Küper*, GA 1983, 289; *Hilgendorf*, JuS 93, 97, 100);

b) ir kai veika yra tinkama priemonė norint išvengti pavojaus (= tinkamumo sąlyga; išsamiau apie tai žr. *Grebing*, GA 1979, 81; *Joerden*, GA 1991, 411).

311 Lyginant vertybes ir interesus būtina atsižvelgti į visus saugotinus interesus, į kuriuos (konkrečiu atveju) dėl konflikto yra kėsinamasi kaip į gėrį, kurį reikia išsaugoti, arba gėrį, kuriam padaroma žala (apie tai žr. *Lenckner*, GA 1985, 295 ir Noll-Gedschr. S. 243, 251). Ypač turi būti atsižvelgta į pavojaus pobūdį ir kilmę, taip pat jo intensyvumą ir realumą, vertybių, kurios gali būti prarastos, pobūdį ir apimtį, susikertančių teisinių gėrių ir vertybių santykį, ypatingas pareigas pavojų metu (pvz., policijos pareigūnų, kareivių ir gaisrininkų), specialias apsaugos pareigas (pvz., esant garanto padėtyje; plg. Nr. 715 ir toliau), kaltininko siekimą galutinio tikslo, atsirandančios žalos neatitaisomumą bei šansus išgelbėti. Kuo mažesnė tikimybė, kad poelgis, kuriuo siekiama apginti teisinį gėrį, bus sėkmingas, tuo labiau rekomenduotina neveikti svetimų interesų sąskaita.

312 Iš palyginimo su §35 I, §34 taikymo galimumo nepašalina tai, kad būtinojo reikalingumo būklėje veikiantis asmuo ar pats teisinio gėrio, kuriam gresia pavojus, savininkas yra kaltas dėl būtinojo reikalingumo situacijos atsiradimo. Tačiau ši aplinkybė yra svarbi lyginant interesus (§34 pirmasis sakinys). (Išsamiau apie tai žr. BayObLG NJW 78, 2046; *Dencker* JuS 79, 779; *Küper*, Notstand, S. 136).

313 Būtinojo reikalingumo, susijusio su gynyba, metu, kai paliečiamos tik to asmens, dėl kurio kilo pavojus, vertybės, gynybiniu poelgiu yra leidžiama padaryti kokybiškai ir kiekybiškai didesnę žalą (netgi pavojaus sukėlėjo kūno sužalojimą), negu agresyvaus būtinojo reikalingumo atveju, kai žala padaroma niekuo dėtam trečiajam asmeniui. Tai išplaukia iš pagrindinių CK §228 nuostatų. Šiame paragrafe įtvirtintas bendras teisinis principas, kuris turi būti taikomas plačiau ir įtraukiamas lyginant interesus pagal §34.

Tiksliai šiais klausimais rašo *Hirschas*: pastabos dėl Federalinio teismo sprendimo (BGH JR 80, 113) dėl šūvių naktį į bėgantį įsibrovėlį, kuris kelis mėnesius terorizavo sutuok-

tinių porą, netikėtai, kartais vos ne mistiškai atsirasdamas miegamajame, taip pat žr. *Küper*, Botstand, S. 15; *Roxin*, Jescheck-Festschr, S. 457; *Tenckhoff*, pastabos JR 81, 255, 257; plg. BGH NStZ 89, 431.

314 Apie §34 ar atitinkamai §35 I taikymą priverstinio kalinių paleidimo ir įkaitų paleidimo atvejais žr. *Krey*, ZRP 75, 97 ir Jura 79, 316; *Küper*, Nötingunsnotstand, S. 14 ir toliau.

Plačiai taip pat BGHSt 13, 197 (su tiksliomis pastabomis Roxin ESJ, 29 atvejis, S. 73) apie psichine liga sergančio šeimos nario uždarymą, kaip apsauginę priemonę, be teismo sprendimo, tik remiantis vadinamąja šeimynine priežiūra.

Apie apsisukimą autostradoje, jei tai yra saugiausia galimybė išvengti didelio pavojaus, žr. OLG Karlsruhe JZ 84, 240; pastabas žr. *Hruschka*.

Apie būtinojo reikalingumo prievartos situacijoje problematiką ir šios prievartos (literatūroje iš dalies patvirtintą) pateisinimą pagal §34 plg. Nr. 443.

315 Apibendrinant kartu su *Blei* (AT, §44 IV 4) galima sakyti, kad aplinkybių, šalinančių baudžiamąją atsakomybę, buvimas esant būtinajam reikalingumui greičiausiai gali būti patvirtintas, kai pažeidžiami formalūs tvarkos interesai ar padaroma kita panaši menka žala (pvz., viršijamas greitis, kad išgelbėtų sunkiai sužeistą asmenį, plg. BayObLG NJW 91, 1626 ir OLG Hamm NJW 77, 1892; bet yra kitaip, kai tai daroma siekiant išgelbėti sergančią papūgą: OLG Düsseldorf NStZ 90, 396). Ir priešingai, pateisinimui būtina kelti tuo didesnius reikalavimus, kuo labiau pažeistas teisinis gėris yra susijęs su pačiu žmogaus asmeniu ir kuo labiau būtinojo reikalingumo poelgis įsiskverbia į asmeninio apsisprendimo laisvę.

316 Kito asmens nužudymas aktyviu veikimu negali būti pateisintas būtinojo reikalingumo būkle, bet pagal §35 gali būti laikomas kaltę švelninančia aplinkybe (plg. BGHSt 35, 347 – kačių karaliaus atvejis). Tai galioja ir vadinamaisiais „pavojų susijungimo" atvejais, kai nukentėjusiojo gyvybės vis tiek neįmanoma išsaugoti, ir jam gyvenimas sutrumpinamas siekiant išgelbėti kitus. *Pavyzdys.* A ir B žiemą keliauja kalnuose. A reikalaujant, abu pasirenka pavojingą trumpesnį kelią, dėl to jie nuslysta ir virš gilios prarajos kybo ant juos abu jungiančios virvės. Abiem gresia mirtis. A dar galėtų savo jėgomis užlipti į viršų ir išsigelbėti, bet tai padaryti įmanoma tik nupjovus virvę, ant kurios žemiau kabo B (sužeistas ir be sąmonės). A, kol jo dar neapleido jėgos, nupjauna virvę, išsigelbsti paaukojęs B, kuris nukrinta į prarają ir užsimuša. Čia kyla klausimas, ar yra prasmės laikytis draudimo žudyti, jei tik nesilaikant šio draudimo galima bent vieną žmogų išgelbėti nuo neišvengiamos mirties. Absoliučios gyvybės apsaugos principas (išsamiau apie tai žr. *Wessels*, BT/1, Nr. 2) nelabai leidžia daryti tokio pobūdžio išimtis, taip pat ir remtis §34, nes teisėtvarka visai vienodai saugo kiekvieno žmogaus gyvybę neatsižvelgdama į būsimą gyvybės trukmę.

Minėtu alpinistų atveju A neturėjo „teisės" pailginti jam lemtos gyvenimo trukmės B sąskaita, aktyviais veiksmais sutrumpindamas pastarojo gyvenimo trukmę (plačiau apie tai

žr. *Küper*, Tötungsverbot und Lebensnotstand, JuS 81, 785; tas pats autorius: Pflichtenkollision, S. 39, 47, 61; plg. taip pat BGH NJW 53, 513; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 27; *Roxin*, AT, §16, Nr. 33; kitaip mano LK-*Hirsch*, §34, Nr. 79).

317 Veika nebūtų pripažįstama tinkama priemone apsisaugoti nuo pavojaus (§34, 2) ir tokiu atveju, jeigu, pvz., sunkiai sergantis asmuo, neturėdamas galimybės teisėtai užsidirbti pinigų operacijai ar gydymui, būtinam jo gyvybei išsaugoti, tuos pinigus pavogtų iš milijonieriaus. Tokias būtinojo reikalingumo problemas turi spręsti socialinė visuomenė. Jeigu ši to nepadaro, tai ir atskiram asmeniui (kaip šiuo atveju – milijonieriui) negali būti primesta pareiga tapti ypatinga auka (tiksliau apie tai žr. *Lenckner*, Noll-Gedschr., S. 243, 255).

318 4. Pradiniu atveju (pvz., iš *Gallas*, Mezger-Festschr., S. 311, 325) grynai individualiu požiūriu S gyvybės interesas turėtų būti vertinamas labiau, negu P kūno neliečiamybės ir laisvės interesai. Bet kyla klausimas, ar kraujo paėmimas per prievartą yra suderinamas su fundamentaliais teisinės visuomenės vertybiniais principais, ir ar šiuo požiūriu kraujo paėmimas buvo „tinkama (proporcinga) priemonė“, kad išgelbėtų gyvybę.

319 Literatūroje galimybė pateisinti tokio pobūdžio prievartą paneigiama: prievarta sutikti su tuo, kad žmogus leistų naudoti savo kūną dėl vertingų tikslų, jei jis pats sąmoningai ir atsakingai to nenori, prieštarauja žmogaus garbei ir orumui (pagrindimas §39 E 1962; panašiai mano *Blei*, AT, §44 IV 1). Teisėtvarka negali to leisti, nes taip būtų atsisakyta laisvės principo, kaip pagrindinės teisėtvarkos prielaidos (*Gallas*, min. veik., S. 326).

320 Visais atvejais šis argumentas nėra svarus, nes teisėtvarka, esant tam tikroms prielaidoms, leidžia paimti kraujo per prievartą.

Pagal BPK §81 a I 2 kraujo mėginiui paimti (= 10 cm³) prieš asmens valią pakanka vien tik įtarimo, kad vairuotojas yra išgėręs. Net ir asmenys, kurie gali būti kviečiami liudytojais, remiantis BPK §81 c, CPK §372 a gali būti priversti toleruoti tokį įsiskverbimą į kūną, jei tai yra būtina, kad išsiaiškintų bylos aplinkybes, ir dėl šio įsiskverbimo negresia joks neigiamas poveikis sveikatai. Kadangi šios nuostatos atitinka Konstituciją ir tai yra patvirtinta (BverfGE 5, 13; 16, 194; 17, 108; BGH NStZ 90, 550), todėl neteisinga teigti, kad įsiskverbimas į asmens kūną prieš jo valią nėra suderinamas su žmogaus garbe ir orumu bei autonomijos principu.

321 Priimant sprendimą reikėtų vadovautis mintimi, kad socialinė visuomenė negali atsisakyti minimalaus pasiryžimo asmeniškai aukotis, tačiau kartu turi būti garantuojama ir pagrindinių žmogaus teisių neliečiamybė. Būtinojo reikalingumo situacijoje pirmiausiai „tinkamumo (proporcingumo) sąlyga“ sudaro galimybę teisingai nustatyti žmogaus teisės į laisvą apsisprendimą ir solidarumo principo lygių santykį bei nustatyti, su kokiais apribojimais ir su kokia žala asmuo privalo susitaikyti (tiksliau apie tai žr. *Jescheck*, AT, §33 IV 3 d). Taip vertinant yra aiškus kraujo mėginio ir kraujo kiekio, paimamo iš donoro, skirtumas.

Kraujo mėginys gali būti paimtas padarius palyginti menką įsiskverbimą į kūną, kuris nepranoksta būtinybės panaudoti medicinines technines priemones, kad išsiaiškintų svarbius faktus.

Tai, kad donoras duoda kraujo, vertybiškai yra bendražmogiškojo pasiruošimo padėti aktas, kai aukotojas kitam asmeniui aukoja iš savo gyvybės rezervo.

Laisvoje teisinėje valstybėje klausimą, ar paaukoti kraujo, kiekvienas asmuo turi spręsti atskirai, remdamasis savo doroviniais įsitikinimais; tai negali tapti bendrosios pareigos (pvz., §323 c rėmuose) padėti dalyku.

Antra vertus, „teisinė pareiga" paaukoti kraujo esant glaudiems apsaugos ir pagalbos santykiams negali būti iš anksto pripažinta visiškai neegzistuojančia. Tokia pareiga galėtų būti patvirtinta tarp sutuoktinių, tarp tėvų ir vaikų, tam tikrais atvejais tarp viename fronte kovojančių kareivių, jeigu kraujo davimas yra vienintelė priemonė gyvybei išgelbėti, ir jeigu toks kraujo paėmimas negali pakenkti sveikatai ir gali būti atliktas laikantis atitinkamų apsaugos priemonių (*Hruschka*, Strafrecht, S. 147; su tolesnėmis išvadomis: *Baumann-Weber*, AT, §22 II 1b; *Roxin*, AT, §16, Nr. 43, 44).

322 Pradiniu atveju tarp P ir S nebuvo jokių artimų santykių garantinių įsipareigojimų prasme. Todėl P turėjo teisinį pagrindą neduoti kraujo. Esant tokioms aplinkybėms, kraujo paėmimas per jėgą nebuvo „tinkama" priemonė siekiant pašalinti būtinojo reikalingumo situaciją.

Kadangi P nebuvo įpareigotas užkirsti kelią padariniams, jo atsisakymas nebuvo „pasikėsinimas" į S gyvybę §32 prasme, todėl A ir M negalėjo remtis būtinosios pagalbos S reikalingumu (plg. Nr. 334).

A ir M poelgis buvo priešingas teisei ir būtent §240 II, nes fizinės jėgos panaudojimas paimant kraują socialiai ir etiškai yra netoleruotinas ir todėl nepriimtinas (plg. BGHSt 23, 46, 54; *Wessels*, BT/1, Nr. 411).

Ar jiems reikia pareikšti kaltinimą, yra abejotina (plg. apie klaidos problematiką, Nr. 468 ir toliau).

323 5. Verta paminėti, kad §34 pagrindinės nuostatos yra svarbios ir tada, kai tenka gelbėti vertingus interesus aukojant ne tokius vertingus to paties asmens interesus arba kai yra skirtingai rizikuojama dėl to paties teisinio gėrio.

Taip gali būti leidžiama (ar netgi pagal aplinkybes rekomenduojama) buto gaisro atveju gelbstint mažą vaiką nuo neišvengiamos mirties ugnyje, mesti jį iš viršutinio degančio namo aukšto žemai gatvėje stovinčiam gelbėtojui, nors tokiu atveju ir egzistuotų pavojus, kad vaikas gali būti sužeistas (plg. BGH JZ 73, 173; *Ulsenheimer*, JuS 72, 252, 255).

V. Būtinoji gintis

324 P sužalojo M smogdamas jam į veidą (§223). Jo elgesys gali būti pateisinamas būtinąja gintimi (§32). Ši baudžiamąją atsakomybę šalinanti aplinkybė paremta nuostata, jog teisė neturi nuolaidžiauti neteisėtumui. Čia sujungiama teisė ginti save nuo neteisėto individualaus kėsinimosi į teisinį gėrį (= *vim vi repellere licet)* ir kartu saugoti teisėtvarką, pasinaudojant būtinąja gintimi ar teisių ir teisėtų interesų gynimu (išsamiau apie tai žr. *Kühl*, JuS 93, 177). Pagal §32 gynyba nuo kėsinimosi galima tik esant būtinosios ginties situacijai.

325 1. Būtinosios ginties situaciją pagrindžia tuo metu daromas priešingas teisei kėsinimasis. Kėsinimasis – tai bet kokia žmogaus elgesio keliama grėsmė, kad bus pažeisti teisiniai gėriai ar interesai. Veika nebūtinai tiesiogiai turi būti nukreipta į teisinio gėrio pažeidimą (*Geilen*, Jura 81, 200, 202; *Vogt*, Jura, 380). Tačiau didelį pavojų keliantis elgesys turi turėti „poelgio kokybę“, t.y. turi būti priklausomas nuo valios (*Kühl*, Jura 93, 57; kitaip mano *Baumann-Weber*, AT, §21 II 1 a).

Jeigu kaminkrėtys krinta nuo stogo ir kyla pavojus, kad jis (veikiamas traukos jėgos) bejėgiškai nukris ant būrelio žaidžiančių vaikų, tai tokiu atveju nesant „poelgio kokybės“ nebus ir kėsinimosi (§32), o tik būtinojo reikalingumo būklė §34, 35 prasme (plg. LK-*Spendel*, §32, Nr. 28; *Roxin*, AT, §15, Nr. 8).

326 Neveikimas gali būti kėsinimasis, kai jis dėl ypatingos teisinės pareigos veikti pagal BK §13 prilygsta aktyviam veikimui (pvz., kai motina nemaitina savo kūdikio; plg. BayObLG NJW 63, 824 Nr. 17; OLG Hamm GA 1961, 181; atskirais klausimais nesutinka *Lagodny*, GA 1991, 300).

327 Priešingai vyraujančiai nuomonei, kai kuriuose teisiniuose leidiniuose, kalbant apie §32, reikalaujama aktyvaus nusikalstamo kėsinimosi (*Bertel*, ZStW 84, 1; *Frister*, GA 1988, 291, 305; *Hoyer*, JuS 88, 89; *Hruschka*, Strafrecht, S. 141; *Jakobs*, AT 12/16; *Krause*, Bruns-Festschr., S. 71; *Otto*, Grundkurs AT, §8 II 1 a; *Schmidhäuser*, AT 6/65). Šiai pozicijai negalima pritarti. Psichinis ligonis (kaip buvo atsitikę 1964-06-11 Kelne-Volkhovene), įsiveržęs į mokyklą ir paties pagamintu liepsnosvaidžiu grasinęs nužudyti bejėgius vaikus, gali būti nušautas remiantis §32 II 1 a; *Roxin*, JuS 88, 425, 428).

328 Kėsinimasis esti tada, jeigu jis tuoj pat gali prasidėti, yra prasidėjęs ar dar besitęsia (plg., BGH NJW 73, 255; BayObLG JR 86, 291).

Todėl būtinoji gintis galima prieš su grobiu sprunkantį vagį (RGSt 55, 82; BGH MDR 79, 985 – *Holtz* veikalas). Baigtas kėsinimasis yra tada, kai jis nepavyksta ar nuo jo yra visiškai atsisakyta, ar jis yra visiškai įvykdytas ir būtinąja gintimi negalima apsisaugoti nuo teisinio gėrio pažeidimo.

Kai grasinama panaudoti prievartą, kėsinimasis, nukreiptas į valios formavimosi ir valios pasireiškimo laisvę, paprastai nėra nei iki galo įvykdytas, nei baigtas pareiškus grasinimą. Jis tęsiasi toliau ir būna visą laiką, kol prievartautojas naudojasi grasinimo keliama psichine prievarta. Dažniausiai grasinimas yra pakartojamas arba sustiprinamas. Asmuo, kuriam grasinama, bet kuriuo metu gali gintis nuo pradėto teisinio gėrio pažeidimo (tiksliau apie tai žr. *Amelung*, GA 1982, 381, 385; *Haug*, MDR 64, 548 ir NJW 65, 2391; *Klug*, Sarsted-Festschr., S. 101, 124; LK-*Spendel*, §32, Nr. 122, 133; skirtingai: KG JR 81, 254; *Arzt*, MDR 65, 344; *Baumann*, MDR 65, 346; *Müller*, NStZ 93, 366). Tik iškyla klausimas, ar naudojant gynybos priemones egzistuoja kitos §32 numatytos sąlygos (gynybos priemonių būtinybė ir tinkamumas, galimo pasipriešinimo rekomenduotinumas; plg. Nr. 333 ir toliau).

329 Ar kėsinimasis §32 prasme vyksta dabar, priklauso nuo objektyvių aplinkybių, esančių veikos darymo metu, o ne nuo asmens, jaučiančio grėsmę ar manančio, kad grėsmė kyla kitiems asmenims, suvokimo (OLG Stuttgart NJW 92, 850; *Sch-Sch-Lenckner*, §32, Nr. 27; SK-*Samson*, §32, Nr. 15).

Asmuo, kuris objektyviai neegzistuojant kėsinimosi situacijai, klaidingai mano esąs būtinosios ginties būklėje, gynybos priemonių prieš tariamą užpuolimą panaudojimo atveju elgiasi ne teisėtai, o priešingai teisei (= vadinamoji tariamoji būtinoji gintis). Tokiu atveju traukimo baudžiamojon atsakomybėn klausimas turi būti sprendžiamas remiantis atitinkamomis taisyklėmis dėl klaidos.

330 Prevencinės priemonės prieš būsimus, o ne esamus užpuolimus, pagal §32 nėra leidžiamos. Tokiose situacijose, kurias kai kas vadina „panašiomis į būtinosios ginties būklę", būtinosios ginties nuostatos pagal analogiją negali būti taikomos netgi tada, kai kėsinimosi laukimas smarkiai sumažintų galimybę gintis.

Tokiu atveju galima galvoti apie pateisinimą pagal §34, jeigu prevencinė gynyba neperžengia proporcingumo ribų ir nėra padaroma sunkių sužalojimų. Jeigu kas nors užrakina kambaryje asmenį, besirengiantį tuoj pat išvykti ir įvykdyti žmogžudystę, ar į vyną įpila stipriai veikiančių medžiagų vyrams, besiruošiantiems naktį jį apiplėšti, tai tas gali remtis §34, jei kitų galimybių išvengti pavojaus nėra. Tokioje situacijoje svarbu yra tai, kad pavojų keltų tas asmuo, prieš kurį naudojama prevencinė priemonė (plačiau apie tai *Roxin*, Ochler-Festschr. S. 181, 189 ir Jescheck-Festschr., S. 457, 478; *Sch-Sch-Lenckner*, §32, Nr. 16, 17; BGHSt 39, 133 su pastabomis *Roxin*, NStZ 93, 335).

331 Priešingas teisei yra bet kuris kėsinimasis, kuris objektyviai prieštarauja vertinamosioms teisės normoms ir nesiremia jokia leidžiančia nuostata. Taip pat svarbu yra tai, ką besielgiantis turi teisę daryti ir kokie įsiskverbimai į kitų asmenų teisinę sferą jam yra leidžiami.

Tačiau šis požiūris yra labai ginčytinas. Pagal vyraujančią nuomonę, kad kėsinimasis būtų priešingas teisei, pakanka, kad iškiltų teisinio gėrio pažeidimo padarinių žalingumo grėsmė. Taip, pavyzdžiui, gali būti vadovaujamasi būtinosios ginties (§32), o ne tik būtinojo reikalingumo (§34) taisyklėmis, kai sunkvežimio vairuotojas, nors ir laikydamasis eismui būtino rūpestingumo, vis tiek kelia grėsmę kitiems asmenims (plg. *Jescheck*, AT §32 II 1 c; LK-*Spendel*, §32, Nr. 57, 60). Kai kas teisės moksle laikosi priešingos pozicijos, pagal kurią svarbus yra tik poelgio žalingumas, kuris egzistuoja tik tada, kai elgesys mažiausiai objektyviai yra priešingas rūpestingumo pareigoms (sunkvežimio vairuotojo atveju leidžiama remtis tik §34, pagal aplinkybes dar ir §35); plg. *Hirsch*, Dreher-Festschr., S. 211; *Roxin*, AT §15, Nr. 14 ir toliau; *Sch-Sch-Lenckner*, §32, Nr. 21; *Schumann*, JuS 79, 559; SK-*Samson*, §32, Nr. 34, 35). Apie viską žr. *Kühl*, Jura 93, 57, 63.

332 Būtinąja gintimi gali būti ginamas bet koks asmeniui, į kurį kėsinamasi, ar trečiajam asmeniui priklausantis gėris ar teisiškai pripažintas interesas.

Federalinis teismas (NJW 87, 850) tuo laiko namų santarvę ir ramybę bei tvarkingą namo gyventojų gyvenimą vienoje bendrijoje. Gynyba nuo išpuolių prieš viešąją tvarką ar prieš teisėtvarką yra valstybės ir jos institucijų reikalas, o atskiri piliečiai to daryti negali (BGHSt 5, 245; BGH NJW 75, 1161; *Jescheck*, AT §32 II 1 b).

333 2. Būtinoji gintis turi būti objektyviai būtina, normose rekomenduotina ir subjektyviai pagrįsta noru gintis (plg. BGHSt 5, 245; BGH GA 1980, 67). Būtinoji gintis gali būti nukreipta tik prieš besikėsinantįjį, o ne prieš trečiųjų asmenų teisinį gėrį (BGHSt 5, 245, 248). Gynybos pobūdis ir mastas priklauso nuo kėsinimosi inten-

syvumo, besikėsinančiojo pavojingumo ir nuo galimybės rinktis gynybos priemones (BGH NStZ 81, 138; RGSt 72, 57). Socialiai etiškai pagrįsti apribojimai, atsižvelgiant į gynybos priemonės tinkamumą ir „rekomenduotinumą", galimi tik ypač išimtiniais atvejais (plg. Nr. 324). Noro gintis prielaida – tai būtinosios ginties būklės suvokimas. Pykčio priepuolis nepašalina noro gintis. Kol šis pyktis yra tik norą gintis nuo kėsinimosi lydintis motyvas, jis visai nenustelbia šio noro (BGH NStZ 83, 117 ir 500). Kai dėl abipusės iniciatyvos kilusiose muštynėse, kur puolimo ir gynybos veiksmai keičia vienas kitą, vienas iš mušeikų griebiasi peilio ir nuduria priešininką, taip siekdamas išvengti pralaimėjimo, tokiu atveju būtinosios ginties nėra (BGH NStZ 90, 435).

334 Visai nesvarbu, ar besiginantis nuo kėsinimosi gina save, ar kitą asmenį. Įstatymas §32 leidžia ir viena, ir kita; įstatymas taip pat neskiria privačios ir policijos teikiamos pagalbos (tiksliau apie tai žr. *Sch-Sch-Lenckner*, §32, Nr. 42 ir toliau; *Schultz/Richter*, JuS 85, 798, 800). Jeigu asmuo, į kurį kėsinamasi, nenori priešintis jam priklausančio teisinio gėrio pažeidėjui ir susitaiko su kėsinimusi, tai, atsižvelgiant ir gerbiant aiškiai bei teisiškai išreikštą to asmens norą, jam būtinoji pagalba negali būti primetama (plačiau apie tai žr. BGHSt 5, 245; BGH StrVert 87, 59; *Seier*, NJW 87, 2476).

335 Pagal būtinosios ginties teisės pagrindinius teiginius gynybai gali būti panaudota bet kokia gynybos priemonė, kuri bent kiek galėtų sutrukdyti kėsinimuisi (išsamiau apie tai žr. *Warda*, Jura 90, 344, 393). Būtina yra viskas, kas priklauso efektyviai gynybai, kas padės greičiau baigtis kėsinimuisi, ir kas geriausiai garantuos, kad pavojus visiškai bus pašalintas. Iš kelių vienodai efektyvių gynybos galimybių turi būti pasirinkta toji, kuri daro mažiausią žalą (BGHSt 3, 217). Tai svarbu, kai naudojamas šaunamasis ginklas. Taiklus mirtinas šūvis, kaip gynybos priemonė, yra leistinas tik tada, kai ne tokio pavojingo šio ginklo naudojimo nepakanka (pvz., įspėjamojo šūvio ar šūvio į kojas, padarysiančio užpuolėją nepajėgų kovoti; plg. BGH NStZ 94, 539; 87, 172 ir 322). Tačiau užpultasis neprivalo rizikuoti ir naudoti nepakankamą gynybos priemonę ar tikėtis, kad teisiniam gėriui bus padaryta tik menka žala (BGHSt 24, 356; 27, 336; BGH NStZ 86, 357; 94, 581). Abejotinais atvejais užpultojo naudai turi būti taikomas ir *dubio pro reo* principas (plg. BGH NStZ 91, 32; StrVert 86, 6).

336 Jeigu gynyba neviršija šių ribų, bet sukelia nepageidautinų padarinių, kylančių dėl tipiško gynybos priemonės (naudojamos leistinu būdu) pavojingumo, ir užpuolėjas yra sužeidžiamas labiau, negu buvo norėta, tai ir tokiu atveju būtinoji gintis ar būtinoji pagalba išlieka teisėta. *Pavyzdys*. Priešingai teisei A, išsitraukęs peilį, puola B. Saugodamas A, užtaisytą pistoletą B naudoja ne kaip šaunamąjį ginklą, bet smogia juo A. Įnirtingai puolančiam A suduodant antrą smūgį į petį, pistoletas netyčia iššauna. Šūvis pataiko A į galvą ir šis miršta. Šiuo atveju B konkretus gynybinis poelgis pagal §32 buvo leistinas ir pateisinamas. Rizika, kylanti dėl gynybinio poelgio ir tipiško gynybos priemonės pavojingumo, tenka užpuolėjui A ir negali būti priskiriama užpultajam ar asmeniui, kuris padeda užpultajam (plačiau apie tai žr. BayObLG JZ 88, 725; *Kühl*, Jura 93, 118; neaiški, nors panaši nuomonė BGHSt 27, 313).

337 Apie „automatizuotą priešinimąsi" su automatiškai veikiančiais apsaugos ir gynybos įrenginiais (pvz., medžioklės namelio ar vasarnamio apsauga, naudojant spąstus, savaime iššaunančius įtaisus, vielas, kuriomis teka elektros srovė ir pan., kai pastatyti ir įspėjamieji ženklai) žr. OLG Braunschweig MDR 47, 205, *Kunz*, GA 1984, 539 su tolesnėmis nuorodomis.

338 Apie gynybos būtinybę turi būti objektyviai nuspręsta *ex-ante* svarstymo būdu. Svarbiausia yra tai, kokį sprendimą priimtų kėsinimosi metu užpultojo padėtyje atsidūręs ir esamas bei objektyviai atpažįstamas aplinkybes įvertinęs apdairus trečiasis asmuo (plg. BGH NJW 89, 3027).

339 Pvz., jei banko ar kito plėšimo metu yra naudojami netikri ginklai (paprasti automatų ar kitų ginklų muliažai), kurių nepavojingumo konkrečioje situacijoje objektyviai neįmanoma suvokti, tai §32 pateisina bet kokią gynybos priemonę, kuri apdairaus stebėtojo *ex-ante* požiūriu yra būtina, norint efektyviai apsisaugoti nuo pavojingai atrodančio kėsinimosi, taigi esant būtinybei į besikėsinantįjį gali būti ir šaunama. Kadangi tas, kuris puola, iš tikrųjų ir grasina norėdamas, kad grasinimas būtų laikomas realiu, turi suprasti, kad jo elgesys bus suvoktas kaip tikras, ir bus panaudotos atitinkamos gynybos priemonės. Šiuo atveju yra kitaip, kai kėsinamasi tik juokaujant, iš tikrųjų neketinant pažeisti jokio teisinio gėrio, ir kai ginantis nuo tokio kėsinimosi taikomos tik tariamosios būtinosios ginties taisyklės (plg. *Otto*, Jura 88, 330; *Sch-Sch-Lenckner*, §32, Nr. 28).

340 Kadangi teisė neturi „užleisti kelio" neteisėtumui, o būtinosios ginties būklėje veikiantis asmuo taip pat prisideda išsaugant teisėtvarką, todėl §32 (kitaip nei CK §228, 904) nenumato jokio gėrio proporcingumo prielaidos. Todėl besikėsinantis, atsižvelgiant į jo kėsinimosi intensyvumą, gali būti užmuštas ne tik ginant gyvybę ir sveikatą, bet ir saugant daiktines vertybes, kai nėra galimybės nuo kėsinimosi apsisaugoti kitomis gynybos priemonėmis, kaip *ultima ratio* (plg. BGH StrVert 82, 219 apie nuosavybės ir namų teisės gynimą nuo rokerių gaujos; LG München NJW 88, 1680 įsilaužimo į automobilį atveju; kritiškai aptaria *Beulke*, Jura 88, 641; *Mitsch*, pastabos NStZ 89, 26; *Puppe*, JZ 89, 728; Schroeder, pastabos JZ 88, 567; kitaip mano *Bernsmann*, ZStW 104, 290).

341 Remiantis Europos žmogaus teisių konvencijos 2 str. 2 d. a punktu, negali būti išvedama jokių apribojimų, kurie būtų platesni, nei čia nubrėžtos būtinosios ginties ribos, nes Konvencijos normos siekia užkirsti kelią valstybės išpuoliams prieš atskirą asmenį, bet, pagal vyraujančią nuomonę, nereglamentuoja piliečių tarpusavio santykių (plg. *Bockelmann*, Engisch-Festschr., S. 456; *Jescheck*, AT §32 V; *Krey*, JZ 79, 702, 708; kitaip mano *Frister*, GA 1985, 553; *Marxen*, Die sozialethischen Grenzen der Notwehr, 1979, S. 61). Apie tai žr. *Kühl*, Der Einfluß der MRK auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland, ZStW 100, 406, 601.

342 3. Būtinosios ginties ribas apibrėžia bendras draudimo teisiškai piktnaudžiauti principas bei norminis gynybinio poelgio „rekomenduotinumo" požymis. Gynyba, kurios padariniai yra aiškiai neproporcingi gresiančiai žalai, yra nenaudinga ir todėl neleistina (BGH VRS 30, 281; BayObLG NJW 54, 1377; OLG Braunschweig MDR 47, 205; *Kühl*, Jura 90, 244; kitą nuomonę žr. *Bertel*, ZStW 84, 1; *Matt*, NStZ 93, 271).

Pavyzdys. Paralyžiuotas sodo savininkas G, apsiginklavęs oriniu šautuvu, saugo nokstančias vyšnias nuo varnėnų, tačiau jis negali šauti į mokinį S, taikyti į jo kūną net ir tuo atveju, jei S nereaguoja į įspėjamuosius šūvius ir toliau, įsilipęs į medį, drąsiai skanauja vyšnias, o G neturi jokių kitų apsigynimo priemonių. Tai, kad tuo metu S veiksmai yra priešingas teisei užpuolimas – neabejotina (kitaip mano Schmidhäuser, AT 6/ 75); negalima nuneigti ir to, kad taiklūs šūviai, kaip vienintelė priemonė, yra „būtini", norint tuoj pat nutraukti užpuolimą. Tačiau dėl menkos žalos, kurią padaro tokie vaikų užpuolimai, bei dėl G gresiančių padarinių menkumo tokia drastiška gynybos priemonė būtų sunkiai suderinama su pagrindiniais būtinosios ginties teisės principais: su apsaugos principu ir teisės išsaugojimo idėja (tiksliau apie tai žr. *Roxin*, ZStW 93, 68, 94; AT §15, Nr. 54, 71 ir toliau).

343 Socialiai etiškai pagrįstas būtinosios ginties apribojimas, atsižvelgiant į būtinosios ginties tikslus, yra galimas ir tuo atveju, kai asmuo, į kurį kėsinamasi (užuot smarkiai pagal aplinkybes gynęsis), turi elgtis kitaip (= pasitraukti, paskambinti policijai, apsiriboti grynai gynybine apsauga ir t.t.) ir kai taip galima išsaugoti teisėtus interesus, dėl teisėtvarkos nebūtina nuslopinti užpuolimo (plg. BGH JZ 76, 335; *Berz*, JuS 84, 340). Konstitucijos 103 str. 2 dalis nėra pažeidžiama dėl to, kad ten įtvirtinta nuostata nėra taikoma baudžiamąją atsakomybę šalinančioms aplinkybėms, o minėti apribojimai tik aktualizuoja imanentines būtinosios ginties ribas ir visiškai atitinka Konstituciją (išsamiau apie tai žr. *Jescheck*, AT §32 III 1 a; kitaip mano *Kratzsch* GA 1971, 65; JuS 75, 435; *Seebode*, Krause-Festschr., S. 375).

344 Iš asmens, į kurį kėsinamasi, negali būti reikalaujama „gėdingai pabėgti" (BGH GA 1965, 147; JR 80, 210; apie išankstinį ginklo pasiėmimą norint apsiginti žr. BGH NStZ 83, 117 ir 452). Kviesti valstybės pareigūnus ir atsisakyti teisės į būtinąją gintį gali būti reikalaujama tik tuomet, kai pagalba iš valstybės institucijų gali būti suteikta nedelsiant (BGH VRS 30, 281). Nuo netiesioginio užpuolimo, kai kėsinasi vaikai ar aiškiai klystantys bei kitaip be kaltės veikiantys asmenys, užpultasis turi pasitraukti, ir tai neturėtų būti suprantama kaip garbės įžeidimas; nesant galimybės pasitraukti, visada leidžiama gynyba, o aktyvus atkirtis gali būti duotas tik stengiantis pagal galimybes apsaugoti besikėsinantįjį (BGHSt 3, 217; apie gynybą nuo grynai žodinių, garbę įžeidžiančių vaikų puolimų žr. BayObLG NStZ 91, 433; kritines pastabas žr. *Vormbaum*, JR 92, 163; *Mitsch*, JuS 92, 289).

345 Būtinosios ginties „galimumas" ir gynybos „būtinumas" gali sutapti, bet vienas kito neatstoja.

Tai, ar būtinosios ginties poelgis yra „galimas", priklauso nuo norminių ir socialinių bei etinių svarstymų. O gynybos „būtinumas" priklauso vien tik nuo faktinių sąlygų, ypač nuo kėsinimosi pobūdžio ir pavojingumo (išsamiau apie tai žr. *Eser/ Burkhardt*, Strafrecht I, S. 122; *Roxin*, ZStW 93, 68, 79; Kritiškai žr. *Jescheck*, AT §32 III 2; LK-*Spendel*, §32, Nr. 256; *Rudolphi*, pastabos JR 91, 210; *Schmidhäuser*, GA 1991, 97, 133).

346 Tas, kuris tyčia provokuoja kėsinimąsi, prisidengdamas būtinąja gintimi, kad sužalotų kitą asmenį, piktnaudžiauja teise ir negali remtis būtinąja gintimi; iš tikrųjų jis pats yra „besikėsinantysis" (BGH NStZ 83, 452; kritines pastabas žr. *Lenckner*, JR 84, 206; kitaip mano *Hassemer*, Bockelmann-Festschr. S. 225, 243). Tas, kuris netyčia, bet netinkamai

sukelia būtinosios ginties situaciją, pagal galimybes turi vengti tam tikra prasme ir dėl jo paties kaltės pradėto puolimo. Negalėdamas to išvengti, iki leistinos ribos jis privalo apsiriboti pasyviais gynybos veiksmais; kol tokios pasyvios gynybos pakanka kėsinimuisi atremti, jis negali pereiti į agresyvią gynybą. Antra vertus, iš jo negali būti reikalaujama susitaikyti su jam daromais esminiais pažeidimais; ir tik visai nesant kitų galimybių gintis arba efektyviai gintis, priklausomai nuo kėsinimosi sunkumo, gali būti leista griebtis ginklo, o ypatingos būtinybės atveju – ir nužudyti besikėsinantįjį (BGHSt 24, 356; 26, 143 ir 256; 39, 374; BGH NStZ 88, 450; 89, 113). Socialiai adekvačiame išankstiniame elgesyje negali būti įžiūrėta provokacijos (BGHSt 27, 336; BGH NStZ 93, 332).

Plačiau apie viską žr. *Kühl*, Die „Notwehrprovokation", Jura 91, 57, 175. Kritiką žr. *Arzt*, pastabas žr. JZ 94, 314; *Kratzsch*, JuS 75, 435; *Marxen*, Die sozialethische Einschränkungen der Notwehr, 1979; *Mitsch*, Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986, 533; *Montenbruck*, Thesen zur Notwehr, 1983.

347 *Actio illicita in causa* teisinė figūra, kuria mažumos nuomonė mėgina pagrįsti asmens, netinkamu elgesiu sukėlusio būtinosios ginties ar būtinojo reikalingumo situaciją, baudžiamąją atsakomybę (plg. Schmidhäuser, AT 682; *Sch-Sch-Lenckner*, §32, Nr. 61), vyraujanti nuomonė, remdamasi jau išdėstytais teiginiais, teisingai atmeta (išsamiau žr. BGH NStZ 83, 452; 88, 450; *Roxin*, AT §15, Nr. 62; SK-*Samson*, §32, Nr. 52).

348 Į socialinius ir etninius būtinosios ginties teisės apribojimus turi būti atsižvelgiama artimų šeimos narių santykiuose (ypač sutuoktinių). Nelabai intensyvūs veiksmai, kurie nekelia rimto pavojaus nei gyvybei, nei sveikatai, nepateisina to, kad tuoj pat griebiamasi peilio ar kitų gynybos priemonių, garantuotai galinčių sukelti besikėsinančiojo mirtį. Jei aplinkybės leidžia, iš kolizinio teisės į gynybą ir garanto padėties besikėsinančiojo atžvilgiu santykio kyla pareiga vengti kėsinimosi. Jei neįmanoma to išvengti, pirmiausia, kiek leidžia gynyba, numatoma tik rizika padaryti lengvus kūno sužalojimus ir tik po to, kaip *ultima ratio,* gali būti panaudotos pavojingos gyvybei ar, galimas dalykas, mirtį sukeliančios gynybos priemonės (plg. BGH NJW 75, 62; *Geilen*, JR 76, 314; *Roxin*, AT §15, Nr. 81 ir toliau; *Schroth*, NJW 84, 2562; kitą nuomonę žr. *Engels* GA 1982, 109; LK-*Spendel*, §32, Nr. 310).

349 Tai, ar vyro kankinama žmona privalo susitaikyti su tokio pobūdžio veiksmais, priklauso nuo konkretaus atvejo ir aplinkybių. Čia reikia vengti per greitų apibendrinimų; juose jokiu būdu teisė negali būti supainiota su neteisėtumu. Pavyzdžiui, jeigu vyras agresyviai naudoja fizinę jėgą prieš nėščią žmoną ir, nepaisydamas įspėjimo, kad nuo užpuolimo bus ginamasi peiliu, vėl suduoda smūgį žmonai į galvą, tai iš žmonos negali būti reikalaujama, kad ji atsisakytų vienintelės galimybės sėkmingai apsiginti peiliu dėl to, kad taip sutuoktiniui gali būti atimta gyvybė (tiksliau apie tai žr. BGH NJW 84, 859; *Spendel*, JZ, 507; kritiką žr. *Montenbruck*, pastabos JR 85, 115).

350 Jeigu prievartaujamasis, grasinant paskleisti jį kompromituojančias žinias, nori išvengti policijos įsikišimo, jis taip pat turi tik ribotą teisę gintis. Su §32 (kartais su §34) reikalavimais gali būti suderinamas slaptas telefono pokalbių ar pokalbių sutartoje vietoje įrašinėjimas (§201 I Nr. 1), gynyba taip pat grasinant (§240 I) ir pagal aplinkybes netgi apgaulė (§263) ar slaptos medžiagos, kuria šantažuojama, pagrobimas (§242), bet ne prievartautojo nužudymas ar sunkus sužalojimas (plg. *Amelung*, GA 1982, 381; *Klug*, Sarstedt-Festschr., S. 101, 124).

351 4. Pradiniu atveju P buvo būtinosios ginties prieš A ir M būklėje. Smūgis, kurį P sudavė M į veidą, priklauso leistinai ir, konkrečiu atveju, būtinai gynybai. Todėl P sužalojo M ne priešingai teisei.

P atsisakymas paaukoti kraujo nerealizuoja §323 c baudžiamosios veikos sudėties, nes teisėtvarka, esant tokioms aplinkybėms, negali reikalauti tokios aukos (apie reikalavimų galimumą plg. BGHSt 11, 135 ir 353).

352 5. Jeigu užpultasis sąmoningai ar nesąmoningai peržengia būtinosios ginties ribas, jis veikia priešingai teisei, bet jo kaltė gali būti atskleista pagal §33 (= būtinosios ginties peržengimas; išsamiau apie tai žr. Nr. 445 ir toliau). Priešinga teisei yra ir gynyba nuo tariamo užpuolimo (= tariamoji būtinoji gintis). Jei dėl to atsirado teisinių padarinių, tai vadovaujamasi taisyklėmis dėl klaidos (Žr. Nr. 470 ir toliau).

VI. Sulaikymo teisės

353 1. Kiekvienas turi teisę asmenį, užkluptą darant baudžiamąją veiką ar priešingą teisei veiką (§11 II Nr. 5), ar asmenį, kuris iš karto po tokios veikos padarymo yra persekiojamas, laikinai sulaikyti, kai yra pagrindo manyti, kad šis asmuo gali pabėgti ar kai neįmanoma tuoj pat nustatyti tokio asmens tapatybės (BPK §127 I 1). Neatidėliotinais atvejais prokuratūra ir policijos pareigūnai dar turi teisę laikinai sulaikyti ir tuomet, kai yra prielaidų asmeniui skirti kardomąjį kalinimą ar uždaryti jį į psichiatrinę ligoninę (BPK §127 II). Baudžiamųjų teisės pažeidimų, už kuriuos persekiojama tik esant pareiškimui ir kitų panašių baudžiamųjų teisės pažeidimų atvejais leistinumas laikinai sulaikyti nepriklauso nuo atitinkamo pareiškimo padavimo (BPK §127 III).

354 Yra ginčytina tai, ar taikant BPK §127 I 1, padaryta baudžiamoji ar kita priešinga teisei veika yra tikrai būtina prielaida, ar ir šiuo atveju, kaip BPK §127 II, pakanka tiktai rimto įtarimo. Vienoje civilinėje byloje Federalinis teismas užėmė pastarąją poziciją (BGH NJW 81, 745; OLG Zweibrücken NJW 81, 2016; *Arzt*, Kleinknecht-Festschr., S. 1; *Borchert*, JA 82, 338; *Roxin*, AT §17, Nr. 23; remiantis visų veikos metu pastebimų išorinių aplinkybių trumpa apžvalga, panašiai manoma BayObLG JR 87, 344; plačiau apie tai *Marxen*, Festschr. für Stree/Wessels, S. 705). Priešingos pozicijos šalininkai tokių plačių įgaliojimų nenori suteikti privačiam asmeniui, sulaikančiam nusikaltėlį, kuris, kitaip negu pareigūnai, negali būti patrauktas drausminėn atsakomybėn. Jie nurodo, kad klaidos atvejais turi būti vadovaujamasi taisyklėmis, kurios apima klaidas dėl leidžiančiosios sudėties. Šios taisyklės suponuoja atleidimą nuo atsakomybės už tyčinę veiką (išsamiau žr. OLG Hamm NJW 72, 1826; *Jescheck*, AT §35 Nr. 2; LK-*Hirsch*, Nr. 156, prieš §32; *Schlüchter*, JR 87, 309; *Sch-Sch-Lenckner*, eilės Nr. 82 prieš §32 su kitomis nuorodomis).

355 BPK §127 I 1 gali būti pateisintas „įsiskverbimas“ į asmens laisvę ar panaudojimas mažiau suvaržančių priemonių, pvz., kai paimami asmens dokumentai ar automobilio degimo rakteliai (OLG Saarbrücken NJW 59, 1190, 1191). Sulaikant gali būti panaudota jėga. Tas, kuris priešinasi teisėtam sulaikymui ar bando, naudodamas jėgą, išvengti sulaikymo, turi susitaikyti su tuo, kad, įveikiant jo priešinimąsi, gali būti pažeista jo asmens

neliečiamybė (OLG Stuttgart NJW 84, 1694). Šaudyti į laikino sulaikymo vengiantį ir bėgantį asmenį privatus asmuo gali tik išimtiniais atvejais, kai, pvz., yra padarytas ypač didelis teisinio gėrio pažeidimas (BGH MDR 79, 985 pas *Holtz*; Löwe-Rosenberg-Wendisch, StPO, 24, Aufl. 1985, §127, Nr. 29; kitaip mano *Arzt*, min. veik., S. 12; *Jakobs*, AT 16/19; *Krey*, Strafverfahrensrecht II, 1990, Nr. 378; *Roxin*, AT §17, Nr. 27). Tai, kaip turi būti elgiamasi po sulaikymo, reglamentuoja BPK §128.

Apie piktnaudžiavimo būtinąja gintimi problemą po to, kai kaltai buvo suklysta ir dėl to įvykdytas sulaikymas pagal BPK §127 I 1 žr. OLG Hamm NJW 77, 590; apie tai žr. *Schumann*, JuS 79, 559; *Wiedenbrüg*, JuS 73, 418.

356 2. Kalinys, pabėgęs ar šiaip neturįs leidimo būti už įkalinimo įstaigos ribų, remiantis BVK §87, gali būti sulaikytas pačios įkalinimo įstaigos ar šios įstaigos iniciatyva.

Privatūs asmenys šiuo atveju teisės sulaikyti neturi.

357 3. Dar viena sulaikymo teisė yra numatyta BPK §164. Ši norma gali būti taikoma, jei trukdoma atlikti procesinius veiksmus. Pareigūnas (= teisėjas, prokuroras, policijos pareigūnas ir t.t.), tiesiogiai vadovaujantis šiems veiksmams, turi teisę sulaikyti asmenis, kurie tyčia trukdo tarnybinei veiklai ar nepaklūsta šių pareigūnų nurodymams, duotiems jų kompetencijos ribose. Sulaikoma gali būti, kol bus baigtas procesinis veiksmas, bet ne ilgiau kaip iki kitos dienos pabaigos.

BPK §164 dažniausiai yra taikytinas tada, kai daroma krata, poėmis, apžiūra ar apklausos. Reikėtų pritarti nuomonei, kad visai nesvarbu tai, ar tarnybiniai veiksmai yra atliekami tarnybinėse patalpose, ar už jų ribų. (Löwe-Rosenberg-*Meyer-Goßner*, StPO, §164, Nr. 5, 6; kitaip mano *Geerds*, Maurach-Festschr., S. 517, 529.) Kadangi tokia priemonė nėra baudžiamojo pobūdžio, o tik turi padėti netrukdomai atlikti tarnybinius veiksmus, tai šios priemonės taikymo leistinumas priklauso nuo to, ar trukdymo neįmanoma pašalinti kitaip.

358 4. Mažesnę praktinę reikšmę turi teisė sulaikyti pagal CK §229. Šiame paragrafe nustatytos gana siauros leistinos pagalbos sau ribos, kad turintis teisę asmuo gali sulaikyti įpareigotą asmenį, jei yra pagrindo manyti, jog šis asmuo pabėgs, ir egzistuoja prielaidos, kurių reikia, kad asmeniui būtų paskirtas areštas (išsamiau žr. BayObLG NJW 91, 934; *Duttge*, Jura 93, 416; *Joerden*, JuS 92, 23; *Scheffler*, Jura 92, 352; *Schroeder*, pastabos JZ 91, 681).

Tokio arešto galimybė yra numatyta CK §230 III. Pagal CPK §916, 918 asmens areštas gali būti taikomas tik esant būtinybei, jei siekiama priverstinai išieškoti skolintą turtą.

§9. SUTIKIMAS, PRITARIMAS IR TEISĖ BAUSTI

359 *Devintasis atvejis*. Muziejaus direktorius M yra išvykęs į mokslinę kelionę į Nepalą. Gavusi paštą jo žmona F, kaip jai ir buvo pavesta, neatplėštus laiškus padeda ant M rašomojo stalo. Bet vieną M adresuotą laišką, atsiųstą iš finansų tarnybos, F padvejojusi atplėšia, nes bijo, kad nebūtų praleistas koks nors svarbus terminas. Jos nuostabai, šiuo laišku tik pranešama apie sumokėtų mokesčių grąžinimą, kurio M jau seniai laukė, bet

apie kurį F nieko neturėjo žinoti. Kai M grįžta, jis dėl šio įvykio labai susinervina. Dar būdamas susijaudinęs po šeimyninio ginčo, jis suduoda smūgį trylikamečiui sūnui, išgirdęs, jog šis, demonstruodamas drąsą, leido į savo šlaunį arklidėse dirbančiam vaikinui R užgesinti degančią cigaretę, todėl (be nudegimo žaizdos) prasidėjo ir skausmingas uždegimas.

Ar yra pagrindo F, R ir M atleisti nuo atsakomybės?

I. Sutikimas ir pritarimas

360 F gali būti apkaltinta realizavusi baudžiamosios veikos sudėtį, numatytą §202 I, Nr. 1 ir pažeidusi susirašinėjimo slaptumą (= baudžiamasis teisės pažeidimas, už kurį persekiojama esant pareiškimui, §205). Ji tyčia atplėšė užklijuotą, M adresuotą laišką, kurio skaityti neturėjo teisės.

361 „Neleistinas“ §202 prasme poelgis yra tada, kai jis daromas be duoti nurodymus turinčiojo teisę sutikimo, ir kai tokio poelgio neleidžia įstatymas (pvz., BPK §99, 100; Bankroto tvarkos §121, CK §1631) arba kai nesaugomi kito asmens (adresato) interesai. Dar ginčijamasi, ar duoti nurodymus turinčio teisę asmens pritarimas pašalina elgesio atitikimą veikos sudėtį (*Sch-Sch-Lenckner*, §202, Nr. 12; *Wessels*, BT/1, Nr. 54), ar tik veikos priešingumą teisei (SK-*Samson*, §202, Nr. 10, 14).

362 Priklausomai nuo veikos sudėties, numatytos įstatyme, specifikos, baudžiamojoje teisėje skiriamas veikos sudėtį ir baudžiamąją atsakomybę šalinantis (pateisinantis) pritarimas. Jeigu asmens, kurio interesai paliečiami, pritarimas, esant atitinkamai įstatyminei nuostatai, užkerta kelią įvykdyti veikos sudėtį, tai turime veikos sudėtį šalinantį pritarimą. Neįmanoma nustatyti bendrų, visiems atvejams vienodai tinkamų kriterijų apie reikšmingumo ir veiksmingumo reikalavimus. Labiausiai nuo atskiros veikos sudėties ypatybių ir nuo saugomo teisinio gėrio priklauso tai, ar pakanka paprasto faktinio pritarimo veikos padarymo metu ir ar pritarimo veiksmingumas turi būti tikrinamas pagal norminius vertinimo kriterijus. Iš jų svarbiausi yra asmens, kurio interesai paliečiami, sugebėjimas spręsti ir laisvas jo valios formavimas nesant valios trūkumų. Norint šį dalykiškai būtiną faktinių ir norminių reikalavimų skirtumą išreikšti ir terminais, pirmu atveju (bet pagal galimybes tik šiuo atveju) rekomenduotina kalbėti apie veikos sudėtį šalinantį sutikimą. Tai turi būti daroma kalbant apie visus veikos poelgius, kuriuose deliktinis pobūdis pasireiškia tuo, kad šie poelgiai turi būti daromi prieš nukentėjusiojo valią ar be jo sutikimo (pvz., „jėgos“ panaudojimas §177 arba „pagrobimas“ prieš moters valią §237).

363 Apie veikos sudėtį šalinantį sutikimą ir jo svarbos prielaidas turi būti sprendžiama pagal kitas taisykles, negu apie pritarimo atleisti nuo atsakomybės prielaidas, kai pritarimo veiksmingumas visada priklauso nuo pritariančiojo suvokimo lygio, o esant valios trūkumų, pritarimas turi būti laikomas neveiksmingu (plg. BGHSt 16, 309, 310). Antra vertus, gali būti ir įvairių veikos sudėtį šalinančio pritarimo variantų, kai apie pritarimo veiksmingumą sprendžiama pagal norminius kriterijus, panašiai

kaip ir pritarimo atleisti nuo atsakomybės atveju. Pvz., čia gali būti piktnaudžiavimo pasitikėjimu sudėties (§266) tuo atveju, kai turto savininko sutikimas priimti sprendimus, susijusius su didele rizika, eliminuoja „pareigūnų nusižengimo" požymį, t.y. pašalina veikos sudėtį. Tačiau veiksmingo pritarimo negali būti tuo atveju, kai turto savininkas nėra patyręs verslo reikaluose, ir jo pritarimas buvo gautas klasta, klaidingai informuojant apie rizikos veiksnius (plg. *Wessels*, BT/2, Nr. 708).

364 Išsamiau apie veikos sudėtį šalinantį sutikimą ir pritarimą atleisti nuo atsakomybės skyrimo žr. *Geerds*, GA 1954, 262; *Geppert*, ZStW 83, 947; plg. BGHSt 23, 1, 3; LK-*Hirsch*, Nr. 96 prieš §32 su kitomis nuorodomis.

365 Kritiškai anksčiau minėtą diferencijavimą atmeta *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970; *Kientzy*, Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwiligung der Rechtsgutsträgers, 1970; *Kühne* JZ 79, 241; *Roxin*, AT §13, Nr. 12 ir toliau; *Schlehofer*, Einwiligung und Einverständnis, 1985; SK-*Samson*, Nr. 56 ir toliau prieš §32; *Weigend*, ZStW 98. 45, 61 su kitomis nuorodomis. Atskirų autorių reiškiama nuomonė, kad veiksmingai išreikštas pritarimas visada pašalina veikos sudėtį, nėra suderinama su aiškiu §226 a tekstu (= „tik tada elgiamasi priešingai teisei, kai..."). Šiai nuomonei prieštarauja ir nuostata, kad bendrai uždrausti įsiskverbimai į svetimą teisinį gėrį, susiję su žalos padarymu (pvz., asmens kūno neliečiamybės ar nuosavybės pažeidimai), pagal teisingą įstatymo sampratą gali būti pateisinti ypatingo atleidimo nuo atsakomybės pagrindo buvimu (tiksliau žr. *Jescheck*, AT §341 I 13).

366 1. Nukentėjusiojo sutikimas pašalina atitinkamos veikos atitikimą veikos sudėtį jau tuomet, kai poelgio žalingumas kaip tik kyla iš to, kad poelgis, pagal elgesio aprašą įstatyme, vykdomas prieš arba be nukentėjusiojo valios (išsamiau žr. BGHSt 23, 1; *Klug*, Sarstedt-Festschr., S. 101, 108).

Tai tinka kalbant, pvz., apie §248 b, 235-237, taip pat apie tas baudžiamąsias veikas, kurios yra susijusios su įsiskverbimu į laisvos valios formavimosi sritį ar laisvą valios pasireiškimą, pvz., §b177, 178, 239, 240, 249, 252, 253, 255. Be abejo, negali būti kalbama apie prieštaraujančios valios įveikimą „jėga" (§177, 178) ar „uždarant" (§239) tuo atveju, kai nukentėjusysis sutinka, kad atitinkama veika būtų daroma. Panašiai yra būsto neliečiamumo pažeidimo bei vagystės atvejais, kai „įsibrovimo" (§123) arba atitinkamai „pasisavinimo" (§242) požymiai išnyksta esant būsto ar daikto savininko sutikimui (plg. BGH VRS 48, 175).

367 „Sutikimo" prielaidos, kurios kiekvienoje baudžiamosios veikos sudėtyje nustatomos aiškinantis, daugeliu požiūrių skiriasi nuo pateisinamo pritarimo prielaidų. Jeigu pritarimo prielaidų svarba priklauso nuo pritariančiojo supratimo, tai sutikimo atveju dėl jo grynai faktinio pobūdžio svarbūs tik natūralūs nukentėjusiojo valios sugebėjimai (BGHSt 23,1).

Pavyzdžiui, nėra pasisavinimo §242 prasme, jeigu mažametis daikto savavališkai atsisako. Kadangi daikto saugojimo ir priklausymo prielaida yra tik faktinė valia valdyti (išsamiau apie tai žr. *Wessels*, BT/2, Nr. 77), todėl atsisakyti daikto pakanka „natūralios valios".

368 Kitaip negu esant pateisinamam pritarimui, sutikimas neprivalo būti aiškiai išreikštas nei žodžiu, nei konkliudentiniais veiksmais; svarbiausia – jo buvimo faktas prade-

dant veiką. Kai įvykiui paprasčiausiai netrukdoma arba pasyviai susitaikoma su svetimais poelgiais bijant kaltininko, tai dar nėra sutikimas, nes sutikimas turi atitikti sąmoningo sutarimo reikalavimus (RGSt 68, 306; *Geerds*, pastabos JR 83, 254, 256). Jei kaltininkas klaidingai mano, kad reikiamas sutikimas yra gautas, tokiu atveju veikos sudėties tyčios (§16 I 1) nėra; o tuo atveju, kai kaltininkas nežino, kad toks sutikimas yra, jis turi būti baudžiamas netinkamai pasikėsinęs, jeigu už pasikėsinimą padaryti tą baudžiamąjį teisės pažeidimą yra numatyta baudžiamoji atsakomybė.

369 Tikrinant, ar sutikimas yra gautas, turi būti atsižvelgiama į grynai faktinę sutikimo prigimtį ir (ir valios trūkumų atvejais) turi būti nustatoma, ar sutikimas nėra paremtas nedorais apmąstymais (svarbu §177, 178 atvejais) ir ar nėra išgautas apgaule (BGH VRS 48, 175; *Herzberg*, JA 80, 385, 391); sutikimas turi būti duotas laisvu noru. Apgaulės atvejais sutikimas neveiksmingas tik tada, kai įstatymas (kaip §235, 237) už apgaulę nustato baudžiamąją atsakomybę.

370 2. Jeigu elgesys prieš saugomo asmens valią ar be jo valios neįeina į veikos sudėtį siaurąja prasme, tai pritarimas veikai, susijusiai su individualiomis teisinėmis vertybėmis, kurių atsisakoma, dažniausiai turi atleidimo nuo atsakomybės pagrindo reikšmę. Skirtingai nei veikos sudėtį pašalinančio sutikimo atveju, pateisinantis pritarimas savo esme – tai teisinės apsaugos atsisakymas. Todėl pritarimo veiksmingumas apsiriboja tik tais atvejais, kai teisėtvarka saugomam asmeniui suteikia galimybę, naudojantis laisvo apsisprendimo teise, atsisakyti savo gėrio.

Plg. *Geerds*, ZStW 72, 42; *Geppert*, ZStW 83, 947; LK-*Hirsch*, Nr. 104 prieš §32; *Jescheck*, AT §34 I 3, 113; *Sch-Sch-Lenckner*, Nr. 33 prieš §32.

371 Pateisinamo pritarimo veiksmingumas priklauso nuo šių prielaidų:

372 a) Atsisakymas nuo saugomo intereso apskritai privalo būti teisiškai leistinas.

Dėl visuotinių teisinių gėrių atskiras individas negali duoti veiksmingų nurodymų (plg. BGHSt 23, 261). Negalima atsisakyti labai asmeniško teisinio gėrio – gyvybės, nes čia užkliudomi ir fundamentalūs viešieji interesai (plg. §216; *Hirsch*, Welzel-Festschr., S. 775). Pritarimas sužaloti kūną irgi yra labai ribojamas (§226 a; 1969-08-15 įstatymo dėl kastravimo §2, 3 – BGBl I 1143). Ir priešingai – gali būti atsisakoma nuosavybės ir turto (išimtys yra numatytos §304, 306, 308).

373 b) Pritariantysis privalo turėti teisę nurodinėti – tai turi būti jo vieno interesas arba jis privalo turėti teisę disponuoti teisinėmis vertybėmis kaip atstovas.

374 c) Pritariantysis taip pat turi sugebėti pritarti, t.y. jo dvasinė ir moralinė branda turi leisti suvokti teisinio gėrio atsisakymo apimtį ir priimti teisingus sprendimus. Tam tikras amžius šiuo atveju nėra būtinas. Visai nesvarbu tai, ar pritariantysis yra visai veiksnus, ar neveiksnus civilinės teisės prasme (BGHSt 12, 379; BGH NJW 64, 1174). Svarbiausia yra tai, kad jis pagal savo suvokimo lygį ir sugebėjimą priimti sprendimus suvokia įsibrovimo į jo interesus esmę, apimtį ir padarinius. Tuo atveju, kai pats asmuo to numatyti nesugeba, tam turi pritarti įstatymo atstovas.

Iš esmės apie sugebėjimą pritarti žr. *Amelung*, ZStW 104, 525, 821; BGHSt 4, 88; BGH NJW 78, 1206 (= danties išrovimo atvejis); šio sprendimo kritiką žr. *Horn*, JuS 79, 29; *Hruschka*, JR 78, 519; *Rogall*, NJW 78, 2344; *Rüping*, Jura 79,90; pritaria *Bichlmeier*, JZ 80, 53).

375 Kai kurie mano, kad sprendimai baudžiamojoje teisėje turi būti priimami tokie pat kaip ir civilinėje teisėje, kad pritariant turtinių teisių pažeidimui (kaip, pvz., §242, 246, 303), analogiškai kaip ir CK §107 bei kt. atvejais, būtinas visas veiksnumas arba įstatymo atstovo pritarimas (SK-*Samson*, Nr. 39 prieš §32). Ši nuomonė neįtikina, nes civilinė ir baudžiamoji teisės daugeliu atvejų siekia visai skirtingų tikslų. Ar esama pritarimo baudžiamojoje teisėje, priklauso tik nuo to, ar šis pritarimas – tai asmeninės laisvės priimti sprendimus išraiška (tiksliau apie tai žr. *Jescheck*, AT §34 IV 1).

376 d) Pritarimas negali turėti esminių valios trūkumų. Prievartavimu, apgaulės būdu ar piktnaudžiaujant gydytojo pareigomis gautas pritarimas paprastai nėra veiksmingas (BGHSt 11, 111; 16, 309 apie gydytojo įsiskverbimus gydant; OLG Stuttgart NJW 82, 2266 apie §142 atvejį, kai, nurodant klaidingus anketos duomenis, apgaunamas avarijos dalyvis). Šio principo išimtys tik labai retai gali būti pripažįstamos, pvz., tada, kai klaidingas klystančiojo įsivaizdavimas yra susijęs ne su įsiskverbimo apimtimi ir reikšme, bet su šalutiniais klausimais ir iš to kylančiomis aplinkybėmis, kurios nėra svarbios teisiniam gėriui, taigi nėra reikšmingos ir pritarimui (plačiai apie tai *Roxin*, Noll-Gedschr., S. 275; LK-*Hirsch*, §226 a, Nr. 18; *M.-K.Meyer*, Autonomie, S. 166 ir toliau).

Tai, kokie reikalavimai turi būti keliami gydytojui dėl jo pareigos išaiškinti, priklauso nuo konkretaus atvejo aplinkybių. Apibendrinimų ir per didelių reikalavimų čia turėtų būti vengiama. Plačiau apie šiuos klausimus žr. BGH NJW 80, 633; OLG Frankfurt MDR 91, 781; *Tempel*, NJW 80, 609.

Apie reikalavimus pritarti, kuriuos kelia kaliniai ir atskirtieji nuo visuomenės žr. *Amelung*, ZStW 95, 1; BGHSt 19, 206.

377 e) Įsiskverbimo į asmens kūno neliečiamybę atveju „veika“ negali pažeisti gerų įpročių (§226 a).

Tai pirmiausia parodo dalyvaujančių asmenų paskatos bei tikslai, taip pat naudojamos priemonės ir pažeidimo pobūdis. Lemiamą reikšmę turi veikos, o ne pritarimo priešingumas papročiams.

Priešingai negu teigiama mažumos (*Baumann-Weber*, AT §21 II 4 c), pagrindinė §226 a mintis negali būti apibendrinama ir besąlygiškai taikoma kitais pritarimo atvejais (plg. *Jescheck*, AT §34 III 1).

378 f) Pritarimas prieš pradedant veiką turi būti aiškiai išreikštas žodžiais arba konkliudentiniais veiksmais. Leidimas, gautas jau padarius veiką, baudžiamojoje teisėje neturi reikšmės (BGHSt 17, 359). Kol veika nėra padaryta, pritarimas gali būti laisvai atšauktas.

379 g) Subjektyviai kaltininkas turi veikti remdamasis pritarimu, žinodamas, kad esama pritarimo.

Už poelgį, padarytą nežinant apie esantį pritarimą, kaltininkas turi būti baudžiamas ne kaip už baigtą veiką, o tik kaip už pasikėsinimą (plg. Nr. 278, 279). Kai klaidingai manoma, jog pritarimo esama, o iš tikrųjų jo nėra, iš esmės turi būti taikomas §16 I 1 (išsamiau žr. Nr. 470 ir toliau).

Pateisinantis pritarimas gali būti svarbus ir neatsargių baudžiamųjų teisės pažeidimų padarymo atvejais (Geppert, ZStW 83, 947; BayOBLG VRS 53, 349).

Civilinėje teisėje „pritarimo" šioje sferoje visiškai buvo atsisakyta ir buvo rasti kiti sprendimo keliai CK §254, 242, 828 (= elgesys rizikuojant pačiam; plg. BGHZ 34, 355). Apibendrintai kalbant apie asmeninę atsakomybę žalos padarymo atvejais, panašių apmąstymų yra ir Federalinio teismo sprendime (BGHSt 32, 262).

380 3. Tais atvejais, kai pritarimas yra teisiškai leistinas, bet dėl faktinės situacijos jo nėra, lieka vietos „tariamam pritarimui". Šiam savarankiškam, paprotinėje teisėje pripažintam atleidimo nuo atsakomybės pagrindui reikšmės gali turėti dvi skirtingos aplinkybės: veikimas nukentėjusiojo materialinių interesų naudai ir intereso nebuvimo principas.

381 a) Pirmasis požiūris ypač svarbus medicinos teisei, kai susidaro tokia situacija, jog delsti pavojinga, o nukentėjusiojo pritarimo negalima gauti arba negalima gauti laiku (pvz., sąmonės neatgavusios avarijos aukos operacija; su pacientu sutarto operacinio įsiskverbimo išplėtimas, kai tik atvėrus pilvo ertmę nustatoma, jog nedelsiant būtina imtis „platesnių" veiksmų, nei iš pradžių buvo planuota). Kaip gairė, leidžianti teisingai spręsti tokiais atvejais, turi būti mintis, kad tariamo pritarimo (kaip nuo atsakomybės atleidžiančio pagrindo) atveju kalbama ne apie į objektyvius kriterijus orientuotus gėrių ir interesų svarstymus, o apie spėjimą, kokia yra teisinio gėrio savininko valia veikos padarymo metu. Svarbiausią reikšmę turi nukentėjusiojo asmens individualūs interesai, poreikiai, norai ir vertybinė orientacija. Objektyvūs, pvz., protingai besielgiančio asmens kriterijai turi tik netiesioginę reikšmę; jie tik padeda nustatant tariamą individualią valią. Jei nėra jokių konkrečių pagrindų, leidžiančių manyti, kad paklaustas nukentėjusysis priimtų kitokį sprendimą, tai turi būti vadovaujamasi tuo, kad hipotetinė šio asmens valia sutampa su tuo, kas, esant tokioms aplinkybėms, turėtų būti teisinga, normalu ir protinga (BGHSt 35, 246). Tariamo pritarimo atvejais turi būti įvykdytos tokios pat prielaidos, kokių reikia norint, kad veiksmingas būtų ir tikras pritarimas.

382 Jeigu *ex ante* padarytas besielgiančiojo spėjimas atitinka anksčiau išvardytus reikalavimus, tai šiuo spėjimu pagrįsta veika išlieka teisėta ir vėliau paaiškėjus, jog, nepaisant kruopštaus tikrinimo ir sąžiningo elgesio, tikroji nukentėjusiojo valia nebuvo atspėta. Išsamiau apie viską žr. *Jescheck*, AT §34 VII su kitomis nuorodomis. Apie tariamo pritarimo ir reikalų tvarkymo neturint tokio pavedimo santykį žr. *Schroth*, JuS 92, 476; kritiką žr. *Knapp*, min. veik., S. 984.

383 Esant kaltininko klaidingam įsivaizdavimui, dėl klaidų taikomos bendrosios taisyklės. Čia pirmiausia rūpestingai būtina atskirti klaidą dėl leidžiančios veikos sudėties (klaidingas atvejo aplinkybių suvokimas: jeigu iš tikrųjų būtų taip, kaip yra suvokiama, tai tuo būtų

galima grįsti spėjimą ir pateisinti konkrečią veiką) ir klaidą dėl paprasto leidimo (atvejo, kai turi būti vadovaujamasi §17; ši norma taikoma, kai kaltininkas, teisingai suvokdamas situaciją, daro klaidingas išvadas). Plačiau apie tai žr. *Geppert* pastabos JZ 88, 1024, šia prasme neaiškiam ir nepakankamai pagrįstam Federalinio teismo sprendimui nepritariama BGHSt 35, 246; kritiką žr. *Hoyer*, pastabos StrVert 89, 245; *Müller-Dietz*, JuS 89, 280.

384 b) Į intereso nebuvimo principą atsižvelgiama, kai neegzistuoja apsaugos vertas nukentėjusiojo interesas, o gerbiant jo asmenines pažiūras ir vadovaujantis anksčiau išdėstytais principais, galima daryti išvadą apie jo tariamą pritarimą.

Pavyzdys. Pasiuntiniu dirbantis berniukas B, atlikdamas gautą pavedimą, pašto kasoje moka ne nauju banknotu, kuris buvo jam šiam reikalui duotas ir kurį berniukas norėtų pasilikti, o purvinu nuosavu banknotu. Išsamiau apie tai žr. *Tiedemann*, JuS 70, 108; BayObLG JZ 83, 268 apie §142 tuo atveju, kai tarp avarijos sukėlėjo ir nesančio įvykio vietoje savininko, kuriam priklauso apgadintas automobilis, esama artimų santykių.

385 4. Pradiniu atveju F ir R elgesys turi būti vertinamas taip:

a) M nei tiesiogiai, nei netiesiogiai (šiuo atveju tylėdamas) nedavė pritarimo, kad jam adresuoti laiškai būtų atplėšiami.

Ar ilgai turi būti to laikomasi, esant normaliai santuokai, ilgo nebuvimo atveju, priklauso nuo konkretaus atvejo.

Teisės atplėšti savo vyro laiškus F įstatymai taip pat nesuteikė; santuoka nesuteikia teisės sutuoktiniui savavališkai atplėšti kitam sutuoktiniui adresuotus laiškus. Tačiau F gali remtis tariamu pritarimu kaip aplinkybe, šalinančia baudžiamąją atsakomybę.

Koks yra iš finansų tarnybos atsiųsto rašto turinys, F, kaip ir bet kuris kitas asmuo, esantis jos vietoje, negalėjo žinoti. Galimybė, kad M dėl ilgo laukimo gali praleisti svarbius terminus ir turėti neigiamų padarinių, buvo labai tikėtina, nes manyti kitaip nebuvo jokio pagrindo. Turint omenyje tai, kad sutuoktinis, atplėšęs tarnybinį laišką, paprastai labai nepakenkia adresatui, ir tai, kad niekas nedavė pagrindo manyti apie tam prieštaraujančią M valią, F elgesys atrodė teisingu *ex ante* požiūriu, kaip atitinkantis M interesus. Kadangi F sąžiningai lygino interesus ir tai suformavo jos įsitikinimą, kad jos elgesys atitinka spėjamą M valią, todėl laiško atplėšimas buvo pateisinamas dėl „tariamo pritarimo“. Tai, kad veika neatitiko M tikrosios valios, nes jis norėjo nuslėpti nuo F mokesčių sugrąžinimą, neturi reikšmės, nes F to negalėjo numatyti (plg. LK-*Hirsch*, Nr. 137 prieš §32; *Sch-Sch-Lenckner*, Nr. 58 prieš §32).

b) R žiauriai elgėsi su S ir ypatingu būdu realizavo kūno sužalojimo ir veikos sudėtį (§223, 223 a).

„Žiauraus elgesio“ sąvoka apima kiekvieną blogą elgesį, kuriuo kūno neliečiamybė ir gera fizinė būklė pažeidžiama daugiau nei truputį (BGHSt 14, 269; *Wessels*, BT/1, Nr. 247).

Veikai panaudota cigaretė buvo „pavojingas įrankis“; kaip „pavojingas įrankis“ vertinamas kiekvienas daiktas, kuris pagal jo objektyvias savybes ir pagal konkretų naudojimo būdą yra tinkamas žymiems sužalojimams padaryti (BGHSt 3, 105, 109; 14, 152; *Wessels*, BT/1, eilės Nr. 255).

S pritarimas, duotas laisvai ir rimtai, veikos pateisinti negali. Tai, ar trylikametis iš viso (dėl savo amžiaus) iki galo suvokė sutarimo apimtį, yra abejotina. Bet kuriuo atveju „veika“, nepaisant pritarimo, buvo priešinga papročiams (§226 a), nes šiuo atveju tai buvo beprasmis kankinimas, kuris savo pobūdžiu ir mastu prieštarauja visų protingai ir teisingai galvojančių žmonių padorumo suvokimui (plg. RGSt 74, 91; BGHSt 4, 88). Todėl R veikė priešingai teisei.

II. Teisė bausti

386 M savo sūnui S už „drąsos išbandymą“ skėlė antausį ir taip realizavo §223 numatytą veikos sudėtį (= kūno sužalojimo padarymas).

Tai, kad antausis buvo suduotas norint paauklėti, veikos sudėties §223 prasme nepašalina (plg. BGHSt 11, 241; 12, 62). Mušimą, kaip auklėjimo bausmę, nukentėjusysis turi suvokti kaip negerovę, turinčią paveikti jo elgesį ateityje.

387 Tėvų teisė bausti gali būti vertinama kaip aplinkybė šalinti M atsakomybę. Saikingų fizinių bausmių teisė išplaukia iš CK §1626 ir 1631 įtvirtintos rūpinimosi ir auklėjimo teisės nesusituokusioms motinoms iš CK §1705, globėjams – iš CK §1800).

388 Anksčiau (paprotinės teisės pagrindu) teisė bausti auklėjant buvo pripažįstama ir pradinių, pagrindinių mokyklų bei gimnazijų (tam tikrose amžiaus ribose) mokytojams (BGHSt 11, 241; 14, 52). Tačiau pažiūros šiuo klausimu pastaruoju metu pasikeitė (plg. BGH NJW 76, 1949; pastabas žr. *Schall*, NJW 77, 113; *Vormbaum*, JZ 77, 654 ir JR 77, 492, *Rüping/Hüsch*, GA 1979, 1). Tokios teisinės nuostatos, paremtos paprotine teise, dabar negalioja bent jau tose šalyse, kuriose formalūs įstatymai mokytojams draudžia taikyti fizines bausmes (plg. GH NStZ 93, 591).

389 Fizinė bausmė kaip auklėjimo priemonė auklėjimo teisės ribose visada gali būti taikoma tik kaip *ultima ratio*. Teisiškai ji leistina tik tada, kai:

a) esama pakankamos priežasties bausti, ir bausmė yra objektyviai rekomenduotina siekiant paauklėti; subjektyviai bausmę turi lemti mintis apie auklėjimą;

b) bausmės pobūdis ir dydis yra proporcingas nusižengimui ir vaiko amžiui; yra būtina atsižvelgti į vaiko fizinį ir dvasinį išsivystymą.

Bet kokia kankinanti, sveikatai žalinga, nepagrįstai žeminanti ar garbę grubiai pažeidžianti bausmė yra neleistina ir priešinga teisei (plg. CK §1631 II; BGHSt 11, 241, 260; *Spendel*, JR 85, 485, 488). Federalinis teismas (NStZ 87, 173) laikosi nuomonės, jog nepavojingo daikto naudojimas mušant dar nereiškia, kad peržengiamos teisės bausti ribos (kritiką žr. *Rolinski*, pastabos StrVert 88, 63; *Reichert-Hammer*, pastabos JZ 88, 617).

390 Teisė bausti, kaip ir teisė auklėti, negali būti perduota kitiems asmenims; tačiau esant ypatingiems globos ir auklėjimo santykiams šių teisių vykdymas gali būti perduotas (BGHSt 12, 62, 67). Nors principas yra toks – tretieji asmenys neturi teisės bausti sve-

timų vaikų (esant tam tikroms aplinkybėms tai gali būti daroma pagal būtinosios ginties taisykles); išsamiau žr. *Mitsch*, JuS 92, 289.

391 Pradiniu atveju M turėjo pakankamą pagrindą bausti S.

Tokio pobūdžio „drąsos išbandymui", kokį atliko S, dėl auklėjimo turi būti užkirstas kelias. M pasirinkta fizinės bausmės forma yra proporcinga S padarytam pažeidimui ir jo amžiui. Nepaisant skeptiško požiūrio dėl fizinės bausmės pedagoginės vertės, turi būti pripažinta, kad M, bausdamas S, neperžengė teisiškai leistino elgesio ribų. Kadangi pyktis ir susijaudinimas nepašalino elgesio, kuriuo norima paauklėti, galimybių (OLG Hamm NJW 56, 1690; BGH GA 1963, 82), todėl saikingai bausti S buvo leistina ir pateisinama.

392 Plačiau apie viską teisiniu, kriminologiniu ir psichologiniu požiūriu žr. *Ursula Schneider*, Körperliche Gewaltanwendung in der Familie, 1987, S. 2002 ir toliau. Ši autorė atmeta teisę fiziškai bausti ir agituoja uždrausti tokias bausmes, nes, jos nuomone, fizinės bausmės neturi jokios auklėjamosios vertės (tačiau pedagogiškai teisingo tėvų elgesio neįmanoma pasiekti baudžiamosios teisės priemonėmis; teisingai D-*Tröndle*, §223, Nr. 11).

§10. KALTĖ IR ASMENINIS PASMERKIMAS. NORMINĖ KALTĖS SĄVOKA. KALTĖS PRIELAIDOS IR POŽYMIAI. KALTĘ ŠALINANTYS PAGRINDAI

393 *Dešimtasis atvejis.* A, garsėjantis „rokerių gaujos" vadas, išeidamas iš kavinės smogia į nugarą niekuo dėtam svečiui G. Šis nukrinta laiptais žemyn, sunkiai susitrenkia smegenis ir vėliau šio įvykio negali prisiminti. Prieš A pradedamas baudžiamasis procesas ir jo metu A neigia užpuolęs G. Kelneris K, gerai matęs įvykį, duodamas parodymus teisinio nagrinėjimo metu, teigia, jog A nelietęs G; G pats paslydęs ir nukritęs. K sąmoningai duoda šiuos melagingus parodymus, nes prieš teismą jam buvo grasinta, kad rokeriai „jį suluošins, jei jis liudys prieš A". Remiantis šiais parodymais A yra išteisinamas.

Kaip baudžiamosios teisės požiūriu turi būti vertinamas K elgesys?

I. Kaltė ir atsakomybė baudžiamojoje teisėje

394 K teisme liudydamas tyčia davė melagingus parodymus. Melagingus parodymus jis patvirtino priesaika ir taip davė melagingą priesaiką (§154; išsamiau žr. BGHSt 8, 301; *Wessels*, BT/1, Nr. 732).

K slėpė nusikaltimą (§258 I), nes sąmoningai padėjo padariusiam nusižengimą A (§223, 223 a) bent jau tam tikrą laiką išvengti baudžiamosios atsakomybės (plačiau žr. *Wessels*, BT/1, Nr. 699 ir toliau).

K elgesys negali būti pateisinamas remiantis kokia nors aplinkybe, šalinančia baudžiamąją atsakomybę. Būtinojo reikalingumo (§34) kaip aplinkybės, šalinančios baudžiamąją atsakomybę, sąlygos taip pat neegzistuoja, nes K interesas išsaugoti savo kūno neliečiamybę iš esmės neatveria bendrojo intereso gauti patikimus asmeninius parodymus bau-

džiamajame procese, ir todėl melaginga priesaika nėra „tinkama" priemonė siekiant išvengti pavojaus (plg. *Roxin*, Ohler-Festschr., S. 181, 189). Kyla klausimas, ar K gali būti pareikštas kaltinimas?

395 1. Baudžiamojoje teisėje daroma griežta riba tarp neteisėtumo ir kaltės (žr. §17, 20). Jei neteisėtumo srityje turi būti tikrinamas poelgio, už kurį gresia bausmė, atitikimas privalomą teisėtvarkos normą, t.y. priešingumas teisei, tai kaltės srityje svarbiausias klausimas, ar priešinga teisei veika gali būti kaltininkui asmeniškai inkriminuota.

396 2. Pagal Konstitucijos „žmogiškumą" Vokietijos baudžiamoji teisė remiasi kaltės ir atsakomybės principu. Be kaltės negali būti bausmės (BVerfGE 20, 323, 331; 25, 269, 285; BGHSt GrS 2, 194, 200).

Priešingai „bausmei", „pataisos ir saugumo priemonės" (§61) siejamos ne su kalte, bet su kaltininko socialiniu pavojingumu. Jas paskirti galima ir asmens elgesyje nesant kaltės. Būtina tik „priešinga teisei veika" §11 I Nr. 5 prasme.

397 Kaltės ir atsakomybės principo pagrindas – tai žmogaus sugebėjimas laisvai ir teisingai nuspręsti, kas yra teisė ir kas yra neteisėtumas. Tik tuo atveju, jei egzistuoja ši sprendimo laisvė, kaltinimo pareiškimas kaltininkui turi prasmę.

Kadangi moksliškai tiksliai negali būti įrodytos nei klasikinio indeterminizmo nuostatos su „absoliučios valios laisvės" postulatu, nei priešinga determinizmo pozicija su žmogaus elgesio priežastinio dėsningumo principu (= nusikaltimas priklauso nuo prigimties ir aplinkos veiksnių), todėl baudžiamoji teisė turi tenkintis suvokdama, kad atsakomybės principas doroviškai subrendusiam ir dvasiškai sveikam žmogui yra nepaneigiama socialinės egzistencijos realybė.

Nors žiūrint atgal ir gali būti aiškinama, kad kiekvieną poelgį nulemia atitinkami veiksniai, susiję su prigimtimi ir aplinka, tačiau taip pat tikra yra ir tai, kad žmogus nėra visai bejėgis prieš šiuos veiksnius. Žmogaus ir gyvūnų elgesys priklauso nuo instinktų ir, veikiant pagrindiniams dirgikliams, tampa neišvengiamybe, o iš giliausių žmogaus sielos gelmių kylančios veikos paskatos pirmiausia pereina per vadinamąjį *aš* centrą, kaip per „dvasinę vielinę" kontrolinę instanciją. Tarp šių paskatų ir jau apsisprendusio asmens elgesio yra asmeninis apsisprendimas veikti, kai žmogus turi pasakyti „taip" tam (vertingam ar nevertingam), kas turi įvykti jam dalyvaujant. Naujausi asmenybės tyrimai patvirtina, jog galimybė valdyti elgesį remiasi žmogaus sugebėjimu kontroliuoti įgimtas bei dėl aplinkos kylančias paskatas ir kartu priimti sprendimus atsižvelgiant į socialiai įpareigojančias normas ir į vertybių suvokimą.

Išsamiau apie tai žr. *Dreher*, Die Willensfreiheit, 1987, S. 383 ir toliau; *Jescheck*, AT, §37; *Arthur Kaufmann*, Jura 86, 225; *R.Lange*, Bockelmann-Festschr., S. 261 ir ZStW 97, 121; Otto, GA 1987, 481; *Sch-Sch-Lenckner*, Nr. 107-110, prieš §13.

398 Kaltės principo veikimas baudžiamojoje teisėje apibūdinamas šiais teiginiais:

a) Kaip ir nusikaltimo atitikimas nusikalstamą veikos sudėtį, kaip nusikaltimo priešingumas teisei, taip ir kaltė yra bausmę pagrindžiantis ir kartu ją ribojantis nusikaltimo požymis. Principas – nėra bausmės be kaltės.

b) Kaltininko kaltė privalo apimti visus įvykdytus neteisėtumo elementus (= neteisėtumas ir kaltė yra viena su kita susijusios ir privalo atitikti viena kitą).

c) Kiekviena konkrečiu atveju paskirta bausmė turi atitikti kaltę (= bausmė neturi viršyti kaltės laipsnio).

Trumpa §46 I 1 formuluote yra apibendrinti esminiai kaltės principo aspektai: „Kaltininko kaltė yra pagrindas parenkant bausmės dydį. BK čia, kaip ir kitais atvejais, vadovaujasi (§20, 29, 35 I) tuo, kad kaltininko kaltė yra traukimo baudžiamojon atsakomybėn sąlyga; nuo kaltės dydžio bei apimties priklauso ir bausmės dydis. Kai kurios naujos teorijos nepritaria šiai pagrindinei įstatymo pozicijai. Šiose teorijose kaltei priskiriama tik bausmę ribojanti funkcija, ir kaltė vadinama „generalinės prevencijos vediniu", o kaltės sąvoką norima apibrėžti vien tik per (ar pirmiausia) bausmės prevencinius tikslus (= vadinamoji socialinė ir funkcinė bausmės sąvoka; taip: *Achenbach, Schünemann*, Grundfragen, S. 135 siūlo kaltės sąvoką pakeisti „individualiu inkriminavimu", o kaltininko kaltę pagrindžiančią galimybę veikti kitaip traktuoti kaip „visuomeninį atsakomybės inkriminavimą"; panašiai, bet radikaliau Jakobs, AT 17/18 ir toliau, kuris nors ir prisilaiko kaltės sąvokos, bet kaltę pagal tikslus suvokia kaip gryną prevencijos priemonę). Šiam požiūriui galima paprieštarauti nurodant, kad jis neapima materialaus kaltės turinio ir galiausiai paneigia savarankišką kaltės principo reikšmę (tiksliau žr. *Hirsch*, ZStW 106, 746; *Maiwald*, Lackner-Festschr., S. 149; LK-*Jähnke*, §20, Nr. 9 ir toliau su kitomis nuorodomis).

399 Šias dvi pozicijas bando sujungti *Roxin* (AT §19, Nr. 3; Festschr. für Arthur Kaufmann, S. 519; ZStW 96, 641; SchwZstr 104, 356), pasisakantis už sintezę ir siūlantis abipusį kaltės bei prevencijos apribojimą. Pagal jį sisteminė kaltės kategorija, besiremianti žmogaus „norminiu traktavimu", turėtų būti papildyta „prevencinio sankcionavimo būtinumo" elementu ir pavadinta atsakomybe. Už padarytą neteisybę kaltininkas turėtų atsakyti tik tada, jeigu, pirma, jis elgėsi kaltai ir, antra, egzistuoja prevencinė būtinybė bausti už kaltai padarytą poelgį. Kritiką žr. LK-*Hirsch*, Nr. 182 a ir toliau prieš §32.

400 Apie diskusijas kaltės, atsakomybės ir prevencijos temomis toliau žr. AK-*Schild*, Nr. 68 ir toliau išankstinės pastabos §20, 21; Dreher Willensfreiheit, S. 29 ir toliau; *Arthur Kaufmann*, Festschr. für Wassermann, 1985, S. 889; *Küpper*, Strafrechtsdogmatik, S. 148 ir toliau; *Lackner*, Kleinknecht-Festschr., S. 245; LK-Jescheck, Nr. 72 prieš §13; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 1991, S. 255 ir toliau, taip pat ZStW 101, 274.

401 3. Kaltinimo objektas yra klaidingas kaltininko nusiteikimas teisėtvarkos elgesio normų atžvilgiu, pasireiškiantis priešingos teisei veikos padarymu.

Savo viduje kaltinimas grindžiamas tuo, kad žmogus gali laisvai spręsti, kokį elgesio variantą pasirinkti, ir pasitelkęs savo „teisinę sąžinę" gali išvengti to, kas teisiškai uždrausta. Šito galima reikalauti iš asmens, pasiekusio dvasinę ir dorovinę brandą, ir kuris, nebūdamas sunkiai psichiškai sutrikęs (§20 prasme), negali nesugebėti suvokti veikos neteisėtumo ir atitinkamai elgtis.

Todėl „kaltė" reiškia veikos pasmerkimą atsižvelgiant į kaltę pagrindžiančias teisiškai smerktinas pažiūras (*Gallas*, ZStW 67, 1, 45; *Jescheck*, AT §39; plg. taip pat *Ebert*, AT, S. 84; *Krümpelmann*, ZStW 87, 88).

Veikos neteisėtumo turinys priklauso nuo poelgio ir padarinių žalingumo, o veikos kaltės turinį lemia su konkrečiu veikos sudėties realizavimu susijusių pažiūrų žalingumas. Tuo yra remiamasi ir įstatyme – pagal §46 II „veikoje atsispindinčios pažiūros" – svarbi

atskira aplinkybė, į kurią turi būti atsižvelgta nustatant bausmės dydį. Bet kaltininkas negali būti kaltinamas už pačias pažiūras, o tik dėl šių pažiūrų įtakos padarant baudžiamąją veiką. Veikoje pasireiškiantis (mažesnis ar didesnis) teisinių pažiūrų trūkumas yra tik pagrindas, dėl kurio kaltininkas gali būti kaltinamas, atsižvelgiant į jo kaltės dydį, už tai, ką jis padarė (tiksliai žr. *Jescheck*, AT §38 II 5).

Nepaisant tyčinio veikos sudėties realizavimo, pažiūrų žalingumo gali nebūti tuo atveju, kai dėl dvasinio ar psichinio sutrikimo ar esant ypatingiems motyvams dingsta sugebėjimas vykdyti teisinius įpareigojimus. Kaltas elgesys galimas tik konkrečiai – individualaus galėjimo ribose, jam būtina prielaida – subjektyvus teisinių pareigų pažeidimo išvengtinumas (kaltininko „galėjimas tai padaryti").

402 Neteisėtas poelgis – tai išeities taškas sprendžiant apie kaltę. Kaltė baudžiamojoje teisėje yra atskiros veikos kaltė, netiesiogiai gyvenimo būdo kaltė, bet ne charakterio kaltė. Į gyvenimo būdą pagal §46 II (= ankstesnis kaltininko gyvenimas) gali būti atsižvelgiama nustatant bausmės dydį (išsamiau žr. *Sch-Sch-Stree*, 46, Nr. 30-33).

Smerktina yra tik tai, ką kaltininkas valingai gali padaryti, o ne tai, koks kaltininkas yra iš prigimties (*Welzel*, Lb, S. 139).

403 4. Kaltė baudžiamosios teisės prasme yra teisinė kaltė, o ne tik moralinė ar dorovinė kaltė. Lemiamą reikšmę kaltinimui turi socialinė ir etinė teisėtvarkos vertybių samprata.

Nors teisės ir dorovės normos dažnai sutampa, tačiau pirmosios ir tada yra teisiškai privalomos, kai atskiras asmuo jų nepripažįsta kaip ir dorovine prasme įpareigojančių. Baudžiamųjų bylų teisėjas, kurio galia vykdyti teisingumą kyla iš tautos (Konstitucijos 20 str. 2 d.), kaip pliuralios visuomenės atstovas kaltininko kaltės dydį privalo nustatyti pagal teisinius kriterijus. Jis neturi spręsti, ar šalia teisinio kaltinimo gali būti moralinis ir dorovinis kaltinimas (prieš kartais moralizuoti linkstančią teisinę praktiką: BGH NStZ 87, 405). Todėl kriminalinės bausmės paskelbime nereikėtų matyti nieko kito, o tik teisinės visuomenės vardu ir „teisinio" pasmerkimo forma išsakytą nepritarimą nusikalstamam elgesiui.

404 Todėl dėl kaltinimo pagal baudžiamąją teisę nekyla abejonių ir vadinamaisiais „asmenų, padariusių nusikalstamas veikas iš įsitikinimų", atvejais, t.y. kai asmenys savo privačiais įsitikinimais prieštarauja visuotinai privalomai teisei ir sąmoningai elgiasi priešingai jai, nes dėl savo dorovinių, religinių ar politinių pažiūrų jaučiasi turį teisę ar privalą taip elgtis (tiksliau žr. *Heinitz*, ZStW 78, 615, 631; taip pat *Bockelmann*, Welzel-Festschr, S. 543; *Jescheck*, AT §37 II 3; *Maurach-Zipf*, AT §35, Nr. 7; kitaip mano *Ebert*, Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung, 1975, S. 52, 66, 84; *Tenckhoff*, Festschr. für Rauscher, 1993, S. 437). Plačiai apie viską rašo *Roxinas* (Maihofer-Festschr., S. 389), kuris tam tikrais (griežtai ribotais) atvejais, kai sprendimai yra priimami rimtai vadovaujantis sąžine, remdamasis Konstitucijos 4 str. bei Federalinio Konstitucinio Teismo sprendimu (BVerfGE 32, 98) pasisako už atsisakymą nuo bausmės, jei, nepaisant galimybės pareikšti kaltinimą, prevenciškai tai yra toleruotina (pvz., tada, kai individualūs ar bendri teisiniai gėriai nėra smarkiai pažeidžiami).

Kaltės sąvoka civilinėje teisėje nesutampa su kaltės sąvoka baudžiamojoje teisėje; taip yra todėl, kad abiejose teisės srityse yra siekiama skirtingų tikslų.

II. Kaltės teorija ir norminė kaltės sąvoka

405 BK neapibrėžia „kaltės“ sąvokos. §29 pasitenkinama tik nuoroda, kad kiekvienas veikoje dalyvavęs asmuo turi būti baudžiamas atsižvelgiant į jo kaltę.

406 1. Psichologinėje kaltės sampratoje kaltės esmė nustatoma pagal subjektyvų psichinį kaltininko santykį su veika. Kaltės sąvoką ši samprata identifikuoja su psichinėmis bylos aplinkybėmis (= žinojimas/nežinojimas, norėjimas/nenorėjimas), ir todėl tyčią ir neatsargumą traktuoja kaip kaltės rūšis (plg. *Mezgei*, Lb §33).

Ši teorija neatsižvelgia į esminius kaltės elementus ir negali paaiškinti, kodėl tyčia besielgiančio asmens kaltė išnyksta egzistuojant kaltę šalinančiam būtinajam reikalingumui.

407 2. *Franko* pagrįsta „norminė kaltės teorija“ (Aufbau des Schuldbegriffs, 1907; StGB, pastabos-II prieš 51) psichinių aplinkybių norminiame vertinime kaltės esmę mato per valios formavimosi ir jos pasireiškimo pasmerkimą.

Norminė kaltės sąvoka šiuo metu yra visuotinai pripažinta, tačiau nuomonės išsiskiria atsakant į klausimą, iš kokių elementų susideda kaltė.

408 Pagal plačiausiai paplitusią nuomonę, kompleksinė kaltės sąvoka baudžiamojoje teisėje apima pakaltinamumą, atskirais atvejais numatytus specialius kaltės požymius, kaltės formą (= tyčią arba neatsargumą), neteisėtumo suvokimą (= galimybę suprasti neteisumą) ir (negatyviai) kaltę šalinančių pagrindų nebuvimą.

Išsamiau žr. *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *Krümpelmann*, GA 1983, 337; LK-*Jescheck*, Nr. 79, prieš §13; *Seelmann*, Jura 80, 505.

III. Pakaltinamumas

409 Būtina prielaida tam, kad kas nors iš viso galėtų būti pripažintas kaltu – tai asmens pakaltinamumas veikos padarymo metu.

410 1. Nepakaltinami yra vaikai, nesulaukę 14 metų amžiaus (§19), taip pat asmenys, kurie dėl §20 išvardytų priežasčių nesugeba suprasti veikos neteisėtumo ar elgtis suvokdamas šį neteisėtumą (= supratimo ar sugebėjimo valdyti trūkumus).

§20 aprašant nepakaltinamumą derinami psichiniai biologiniai veiksniai ir psichologiniai norminiai aspektai. Kad asmuo nesugebėtų suprasti veikos neteisėtumo ar elgtis nesuvokdamas šio neteisėtumo, turi turėti psichinių sveikatos sutrikimų (pvz., smegenų organinė būsena, endogeninės psichozės, šizofrenija, ciklotimija), gilus sąmonės sutrikimas (pvz., visiškas apsvaigimas, išsekimas, pervargimas, stiprus afektas ir t.t.), silpnaprotystė ar kitoks sunkus dvasinis išsigimimas (psichopatijos, neurozės, instinktų sutrikimas). Išsamiau apie tai žr. BGHSt 37, 397; BGH NJW 82, 2009; NStZ 89, 430; *Blau*, Jura 82, 393; *Bresser*, NJW 78, 1188; *Frister*, MschrKrim 1994, 316; *Schreiber*, NStZ 81, 46; Wolfslast, JA 81, 464.

411 Apie ypatingą afekto poelgių problematiką plg. BGHSt 11, 20; BGH NJW 88, 2747; *Behrendt*, Affekt und Vorverschulden, 1983; *Blau*, Tröndle-Festschr., S. 109; *Frisch*, ZStW 101, 538; *Geilen*, Maurach-Festschr.,, S. 173; *Krümpelmann*, Welzel-Festschr., S. 327; *Prittwitz*, GA 1994, 454; *Salger*, Tröndle-Festschr., S. 201.

412 Kai kaltininkai yra suaugę, pakaltinamumas yra preziumuojamas, kol neatsiranda pagrindo manyti priešingai (RGSt 21, 131). Tokie pagrindai gali atsirasti ir dėl veikos padarymo metu buvusios didelės alkoholio koncentracijos kraujyje. Šiuo atveju negalima remtis bendra, patyrimu grindžiama nuostata, pagal kurią kiekvienas žmogus, esant 3 % alkoholio koncentracijai kraujyje, yra nepakaltinamas. Tokiu atveju ypač atidžiai turi būti tikrinami visi išoriniai ir vidiniai veikos bei asmenybės aspektai (BGH NStZ 82, 243; GA 1984, 124).

Tuo atveju, kai alkoholio kiekis kraujyje, buvęs veikos darymo metu, yra svarbus nustatant asmens nepakaltinamumą, atsižvelgiama į tai, kad paimant kraujo mėginį (jeigu tai yra padaryta), šis kiekis yra pakitęs: dėl besitęsiančios rezorbcijos padidėjęs arba dėl jau prasidėjusio alkoholio irimo sumažėjęs. Šiais atvejais teismas alkoholio kiekį mėginio paėmimo metu privalo palyginti su jo kiekiu veikos padarymo metu. Jeigu lyginama tuo atveju, kai prasidėjęs irimas ir individualaus irimo kiekio nustatyti nebeįmanoma, tai kaltinamojo naudai turi būti vadovaujamasi kiekiu, kuris, sprendžiant apie baudžiamąją teisinę atsakomybę, jam yra palankiausias, t.y. duoda didžiausią alkoholizavimą veikos metu. Teismų praktika rodo, kad 0,1 % yra žemiausias ir 0,29 % didžiausias irimo kiekis per valandą. Jeigu tarp veikos padarymo ir kraujo mėginio paėmimo prabėga ilgas laiko tarpas, didžiausias apskaičiuotas kiekis turi būti vertinamas kartu su kitais netiesioginiais įrodymais, turinčiais reikšmės pakaltinamumui (išsamiau žr. BGHSt 34, 29; 35, 286; 37, 231; LK-*Jähnke*, §20, Nr. 47). Apie atsipalaidavimo dėl alkoholio ir patologinio apsvaigimo skirtumą žr. BGHSt 40, 198.

Nepakaltinami asmenys yra nebaudžiami; apie jų uždarymą į psichiatrinę ligoninę ar specialią įstaigą žr. BK §63, 64 ir Nepilnamečių teismų santvarkos įstatymo §7.

413 2. Ribotai pakaltinami yra tie asmenys, kurių sugebėjimas suvokti ar valdytis veikos padarymo metu dėl anksčiau išvardytų priežasčių yra labai sumažėjęs (§21, plg. BGHSt 7, 28; 20, 264; 21, 27). Ribotas pakaltinamumas yra fakultatyvus pagrindas bausmei sušvelninti.

§21 ribose turi būti atsižvelgiama į tai, kad planingas, tikslingas ir nuoseklus kaltininko elgesys ar tai, kad jis aiškiai prisimena veikos įvykį, netrukdo manyti, kad kaltininko sugebėjimas suvokti ar valdytis veikos padarymo metu iš esmės yra sumažėjęs (išsamiau žr. BGH NStZ 82, 243; 83, 19; 90, 121). §21 taikymas vienu metu negali būti paremtas abiem šios nuostatos alternatyvomis (BGH NJW 91, 762). Pirma §21 numatyta alternatyva negali būti taikoma tuomet, kai kaltininkas, nepaisant sumažėjusio sugebėjimo suvokti, supranta, kad jo veiksmai yra neleistini (BGH NStZ 89, 430).

414 3. Sąlygiškai pakaltinamais pripažįstami nepilnamečiai, kuriems veikos padarymo metu buvo sukakę ne mažiau kaip 14 ir ne daugiau kaip 18 metų (Nepilnamečių teismų santvarkos įstatymo §3). Kiekvienu atveju jų pakaltinamumas turi būti nustatytas atsižvelgiant į jų išsivystymo lygį ir atskirai aptartas nuosprendyje (RGSt 58, 128; RG HRR 1936, 158).

415 4. Tam tikrais atvejais, nepaisant to, kad asmuo veikos sudėties realizavimo metu buvo nepakaltinamas, tokį asmenį galima bausti remiantis paprotinėje teisėje išplėtotu principu *actio libera in causa*, jeigu defektas atsirado dėl paties kaltininko kaltės (= visiškas girtumas, apsvaigimas nuo narkotikų ir t.t.), ir kaltininkas priežastinę seką, atvedusią prie konkrečios baudžiamosios veikos, kurią įvykdė praradęs pakaltinamumą, pradėjo būdamas tokios būsenos, kai dar galėjo būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn. Kaltinimas tokiu atveju pagrindžiamas veiksmu, nulėmusiu tokią nenormalią kaltininko būseną, kurioje jis galėjo padaryti konkrečiai apibrėžtą veiką, būdamas laikino nepakaltinamumo stadijoje (tai vadinamoji perspektyvinė – į priekį pastumta) atsakomybė; išsamiau žr. į BGHSt 17, 333; *Herzberg*, Spendel-Festschr., S. 203; *Küper*, Notstansd, S. 82 ir Leferenz-Festschr., S. 573; LK-*Jähnke*, §20, Nr. 76 ir toliau; panašių rezultatų pasiekia *Streng*, JZ 94, 709).

Kritiką su skirtingais svarstymais žr. *Horn*, GA 1969, 289; *Hruschka*, JZ 89, 310; *Neumann*, Zurechnung und Vorverschulden, 1985, S. 24 ir toliau; Festschr. für Arthur *Kaufmann*, S. 581; *Paeffgen*, ZStW 97, 513; *Puppe*, JuS 80, 346; *Schmidhäuser*, Der actinio *libera in causa*, 1992, S. 27 ir toliau; apibendrina *Otto*, Jura 86, 426; visiškai atmeta *Hettinger*, Die *„actio libera in causa"*: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigheik, 1988, S. 436 ir toliau; taip pat *Salger/Mutzbauer*, NStZ 93, 561.

416 *Pavyzdys*. Asmuo prisigeria, norėdamas po to, kai pradės nekontroliuoti savo elgesio, nužudyti kitą žmogų. Įvyksta tai, kas buvo planuota. Kaltininkas turi būti baudžiamas pagal §212, 211, o ne tik pagal subsidiariai galiojančias §323 a nuostatas (žr. BGHSt 21, 381).

Ši išvada prieštarauja §20 pažodiniam tekstui, pagal kurį be kaltės veikia tas, kuris „veikos padarymo metu" nesugeba suvokti savo daromos veikos priešingumo teisei ir valdytis. Tačiau tokiu atveju bausmės suderinamumas su kaltės principu yra grindžiamas tuo, kad kaltininkas gali būti smerkiamas dėl teisinio gėrio pažeidimo todėl, jog jis pats, kaltai numatydamas būsimą teisinio gėrio pažeidimą, privedė save prie tokios būsenos, kurioje negalėjo kontroliuoti savo veiksmų. Būtina pasakyti ir tai, kad įstatymų leidėjas §20 nieko nenorėjo keisti žinomoje ir visuotinai pripažintoje *actio libera in causa* teisinėje kategorijoje. Dėl to §20 turėtų būti suprantamas taip, kad kaltininkas „be kaltės" veikia esant to paragrafo nurodytoms prielaidoms tuomet, kai negali būti smerkiamas už veiką pagal *actio libera in causa* taisykles.

Pagal kitą nuomonę, teisinė *actio libera in causa* kategorija neturi būti aiškinama kaip §20 išimtis, o tyčinių veikų atvejais turi būti remiamasi netiesioginio vykdymo taisyklėmis, nes asmuo, būdamas nepakaltinamas, save padaro nusikaltimo darymo įrankiu (vadinamasis veikos sudėties modelis; išsamiau žr. *Roxin*, Lackner-Festschr., S. 307 ir AT §20, Nr. 56 ir toliau su nuorodomis). Toks pagrindimas būtų tvirtas tik tuo atveju, jei vien nenormalios būsenos pačiam sau sukėlimas galėtų būti vertinamas kaip pasikėsinimas padaryti atitinkamą tyčinį baudžiamąjį teisės pažeidimą, tačiau tai yra abejotina.

417 Pagal vyraujančią nuomonę taikyti *actio libera in causa* tyčinės veikos padarymo atvejais galima tik tada, kai kaltininkas tyčia sau sukelia nenormalią būseną (= būtina bent jau netiesioginė tyčia ir šiuo momentu kaltininko tyčia jau būna nukreipta padaryti konkrečią (bent jau savo rūšimi) baudžiamąją veiką, kurią padaryti siekdamas kaltininkas ir atsiduria nepakaltinamumo būsenoje. Tik iš čia išvedamas dvi-

gubos kaltės santykis pagrindžia baudžiamajai teisei būtiną vidinį *actio praecedens* ir vėlesnio veikos sudėties realizavimo sujungimą; jei jo nėra, gali būti taikomas tik §323 a.

Išsamiau žr. BGHSt 21, 381; 23, 356; *Jakobs*, AT 17/66; *Jescheck*, AT §40 VI 2; *Ranft*, Jura 88, 133 ir toliau; *Sch-Sch-Lenckner* §20, Nr. 33 su kitomis nuorodomis; kitą nuomonę žr. *Cramer*, JZ 71, 766; *Hruschka*, JuS 68, 554; *Krause*, Jura 80, 169.

418 Asmuo, apsisprendęs visiško apsvaigimo būsenoje daryti kokius nors smurtinius nusikaltimus, geria alkoholinius gėrimus, neturi pakankamai konkrečios tyčios (plg. BGH StrVert 93, 356). Jei po to jis įvykdo plėšimą ar seksualinį baudžiamąjį teisės pažeidimą, tai gali būti taikomas tik §323 a. Veikos tyčios bei veikos eigos ir *actio libera in causa* atvejais esminiai bruožai turi sutapti; ar taip yra, matoma palyginus kaltininko planus ir vėlesnę veikos eigą. Jeigu valia, sukeliant sau būseną, kurios neįmanoma kontroliuoti, buvo nukreipta kokiai nors moteriai išžaginti, tai turi būti baudžiama pagal §177 *actio libera in causa* formą, jeigu kaltininkas, būdamas apsvaigęs, išžagina kokią nors moterį (BGHSt 21, 381, 383). Tuo atveju, jei tyčia pasikeičia atsiradus nenormaliai būsenai, naujos tyčios ir jos realizavimo atžvilgiu vėlgi turi būti taikomas §323 a; taip turi būti daroma ir tada, kai konkretus veikos įvykis esmingai nukrypsta nuo pradinės veikos tyčios. Pavyzdžiui, kaltininkas auka yra pasirinkęs konkrečią moterį, bet veiką padaro su kita moterimi. Svečias G, dar prieš visiškai apsvaigdamas, yra „nužiūrėjęs" kelnerę K. Užpuolimo metu K prašo nieko jai nedaryti, ir dėl to G sumanymas pasikeičia. Jis atsisako savo seksualinių ketinimų ir tik pagrobia K rankinę, norėdamas pasisavinti dienos pajamas. Šiuo atveju G atsisakė pasikėsinimo išžaginti ir dėl to negali būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn (§24 I 1 pirma alternatyva; plg. Nr. 625 ir toliau). K apiplėšimą apima §323 a, nes tyčia apiplėšti kilo jau G esant nepakaltinamumo būsenos. Priešingai nei mano Federalinis teismas (BGHSt 21, 381, 384), kai yra *error in persona* veikos darymo metu *actio libera in causa* atveju, tada esmingai nukrypstama nuo dar normalioje asmens būsenoje kilusios tyčios, nes kaltininkas objekto individualizavimo klaidą padaro jau būdamas nepakaltinamas (plg. Nr. 247 ir toliau); dėl to kaltinimą grindžiantis veikos plano ir veikos įvykio ryšys išnyksta (tiksliau žr. *Sch-Sch-Lenckner*, §20, Nr. 37; kitaip mano *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I, S. 205).

419 Nenormalios būsenos sukėlimas (= pasigėrimas ir t.t.) dar nereiškia pasikėsinimo padaryti suplanuotą baudžiamąją veiką. Pagal bendras taisykles pasikėsinimas prasideda tik tada, kai tiesiogiai pradedamas vykdyti veikos sudėtį atitinkantis ir ją realizuojantis poelgis (pvz., jėgos panaudojimas §177 arba §249), nes *actio libera in causa* konstrukcija veikos poelgio „neakcentuoja" (išsamiau žr. *Jescheck*, AT §40, IV 2; LK-*Vogler*, §22, Nr. 107; *Otto*, Jura 86, 426; *Sch-Sch-Eser*, §22, Nr. 56; kitaip mano *Jakobs*, AT 17/68; JuS 80, 346; *Roxin*, Lackner-Festchr., S. 307, 314; *Wolter*, Leferenz-Festschr., S. 545, 556).

420 *Actio libera in causa*, esant neatsargiai veikai, gali pasireikšti tuomet, kai kaltininkas tyčia arba neatsargiai atsiduria nenormalioje būsenoje ir tai darydamas negalvoja arba netiki, kad, būdamas nepakaltinamas, neatsargiai padarys konkrečią baudžiamąją veiką (plg. BGHSt 17, 333, 335; BayObLG VRS 61, 399; OLG Hamm NJW 83, 2456; LK-*Spendel*, §323 a, Nr.40; šią nuomonę atmeta *Hettinger*, GA 1989, 1). Kai kurie autoriai mano, kad *actio libera in causa* neatsargių baudžiamųjų teisės pažeidimų padarymo atveju yra nereikalinga (išsamiau žr. *Otto*, Jura 86, 426, 433).

421 Jeigu kas nors, būdamas visai apsvaigęs, padaro kelis poelgius, už kuriuos gresia baudžiamoji atsakomybė, ir kuriuos tik dalinai gali apimti *actio libera in causa* taisyklės, tai esama šitų poelgių ir §323 a sutapties (BGHSt 17, 333).

IV. Specialūs kaltės požymiai

422 Atskirais atvejais baudžiamosios teisės nuostatuose šalia neteisėtumo požymių yra aptinkama ir „specialių" kaltės požymių, parodančių, kad kaltininko nusiteikimas teisės atžvilgiu yra daugiau ar mažiau smerktinas. Šie požymiai specifiški yra tuo, kad veikos kaltės turinį nusako ne vien tik kaip neteisėtumo pasireiškimą (refleksą), bet išsamiau charakterizuoja ir tiesiogiai tik veika realizuojamų pažiūrų žalingumą (*Jescheck*, AT §42 I; *Sch-Sch-Lenckner*, Nr. 122 prieš §13). Sistemiškai šie požymiai turi būti priskiriami „kaltės" sričiai.

Taip nužudymo atveju „žemos paskatos" (§211 II 1 grupė) yra tikri kaltės požymiai, nes jie parodo ne tik neteisėtumo pasireiškimą, bet labiausiai išryškina kaltininko pažiūrų žalingumą (apie dėl to kylančias dėstymo problemas žr. *Wessels*, BT/1, Nr. 119 ir toliau). Kiti tikri kaltę apibūdinantys požymiai – tai „piktybiškumas" (§90 a, Nr. 1, 130 I, Nr. 2, II, 223 b) ir „negailestingumas" (§315 c); apie tai žr. OLG Köln VRS 59, 123.

Ir priešingai, tokie nužudymo požymiai, kaip „klastingai" ir „žiauriai" (§211 II 2 grupė), priklauso poelgio neteisėtumui, nes pirmiausia jie susiję su veikos padarymo būdo pasmerkimu ir tik netiesiogiai leidžia daryti išvadas apie kaltininko pažiūras. Panašiai yra ir „grubumo" žiauriai elgiantis pagal §223 b atveju, kai kaltininko vidinės nuostatos atsiskleidžia per pačios veikos, kuria kėsinamasi į kūno neliečiamybę, pobūdį ir sunkumą (plg. BGHSt 25, 277).

„Nesantuokinio" vaiko nužudymo (§217) atveju esama objektyviai suformuluoto kaltę apibūdinančio požymio, turinčio kaltę lengvinančią prasmę. Šis požymis tik atrodo priklausąs objektyviai veikos sudėčiai, ne švelninimo (priveligijavimo) pagrindas – vien tik išimtinė dvasinė nesantuokoje gimdančios moters būsena (plg. *Küper*, GA 1968, 321, 324). Ir, priešingai, tai, kad esant sunkios būklės duodami parodymai (§157), yra subjektyviai suformuluotas, kaltę švelninantis pagrindas.

423 Bendrininkavimo srityje dėl „specialiųjų" kaltės požymių galioja principas, kad kiekvienas bendrininkas turi būti baudžiamas vien tik už savo kaltę, neatsižvelgiant į kitų kaltę (§29). Ypatybių yra ir klaidos srityje: objektyviai suformuluotų kaltės požymių, taikomų tik kaip kaltę švelninančių pagrindų atveju, kaltininkas privalo tik suvokti, kad šie požymiai egzistuoja, o motyvuojamas šių požymių poveikis valios formavimuisi yra nepaneigiamai preziumuojamas. Todėl tuo atveju, kai klaidingai manoma, jog yra priveligijuojantis pagrindas, kurio iš tiesų nėra, turi būti vadovaujamasi vien tik kaltininko įsivaizdavimu.

Jeigu, pavyzdžiui, vaiko motina mano, kad iš karto po gimimo nužudytas vaikas yra „nesantuokinis", o jis objektyviai yra santuokinis, tai motina turi būti baudžiama tik pagal §212, 211. Tai dabar aiškiai yra nustatyta §16 II, be to, tai išplaukia iš kalte paremto §217 pobūdžio.

Kitu atveju (= klaidingas manymas, kad vaikas yra „santuokinis", kai iš tikrųjų jis yra „nesantuokinis") motina turi būti baudžiama remiantis bendros nužudymo veikos sudėtimi, atitinkančia jos įsivaizdavimą (§212 ar atsižvelgiant į aplinkybes §211), nes ji yra kalta pagal šiuos paragrafus.

424 Ir priešingai, subjektyviai suformuluotų kaltės požymių atvejais nepakanka to, kad kaltininkas įsivaizdavo, jog atitinkama aplinkybė egzistuoja. Ši aplinkybė privalo faktiškai motyvuoti valios formavimąsi (plg. *Jescheck*, AT §42 II 2).

V. Kaltės forma

425 Be specialių kaltės požymių, baudžiamosios veikos kaltės turinį lemia ir veikos neteisėtumo turinys, nes kiekvienas neteisėtumo padidėjimas ar sumažėjimas tiesiogiai veikia ir kaltinimo sunkumą.

Iš kaltės principo išplaukia, jog kaltininko kaltė turi būti susijusi su konkrečia neteisėta veika (plg. BGH NStZ 87, 405).

Kaip „neteisėtumas“ ir „kaltė“ atitinka vienas kitą, taip egzistuoja ir abipusis įvykio (iš kurio kyla baudžiamoji atsakomybė) elgesio formos bei kaltės formos ryšys. Tyčinis ar neatsargus neteisėtos veikos sudėties realizavimas kaip elgesio forma koreliuoja su smerktina kaltės forma (= kaltės pakopa); tyčinį ar neatsargų veikos įvykdymo būdą atitinka tyčinės ar neatsargios kaltės tipai (taip pat mano *Sch-Sch-Lenckner*, §20, Nr. 120 prieš §13).

Dėl savo dvigubos funkcijos (plg. Nr. 142) „tyčia“ kaltės sferoje – tai pagrindas per veiką pasireiškiančių vidinių nuostatų žalingumui pripažinti. Tyčiai, kaip kaltės tipui, yra būdingas priešingas teisei ar abejingas kaltininko nusiteikimas teisės elgesio normų atžvilgiu.

Ir priešingai, neatsargiai kaltei yra būdingas aplaidus arba nerūpestingas kaltininko nusiteikimas dėl teisėtvarkos reikalavimų laikymosi (išsamiau žr. Nr. 692).

426 Veikos sudėties tyčia – kaip elgesio forma ir subjektyvus neteisėtumo elementas – netiesiogiai parodo, kad atitinkamam kaltės tipui yra būdingas „tyčinis – klaidingas“ nusiteikimas teisėtvarkos atžvilgiu, kuris kartu gali būti ir neginčijamas.

Nusikaltimo sudėties realizavimas padarant veiką, kuri vertinama kaip neteisėta, yra netiesioginis įrodymas, kuris, esant baudžiamąją atsakomybę šalinančioms aplinkybėms, išnyksta (plg. Nr. 122); taip ir „tyčinė kaltė“ tik netiesiogiai įrodo veikos sudėties tyčią. Šis netiesioginis įrodymas išnyksta, jei, pradėdamas poelgį, kaltininkas klaidingai mano, kad yra pripažintos atsakomybę šalinančios aplinkybės, įsivaizduoja, kad egzistuoja tokios aplinkybės, kurios iš tikrųjų būdamos, jo elgesį pateisintų. Tokiu atveju tyčinis veikos sudėties realizavimas nėra kaltei tipiškų pažiūrų išraiška ir nereiškia įstatymų leidėjo vertybinės sampratos atmetimo; todėl pagal analogiją 16 I gali būti reiškiamas kaltinimas tik dėl neatsargios kaltės (išsamiau žr. Nr. 467 ir toliau).

Kritiką, bet neįtikinamą, apie tyčios netiesiogiai įrodantį poveikį (žr. *Haft*, Der Schulddialog, 1978, S. 49.

VI. Neteisėtumo suvokimas

427 Tas, kuris žinodamas ir norėdamas realizuoja neteisėtumo veikos sudėtį, nemanydamas, jog esama situacijos, pateisinančios jo elgesį, paprastai (kaip pakaltinamas asmuo) žino, kad elgiasi neteisėtai. Šis neteisėtumo suvokimas greta elgesio kaltės formos yra savarankiškas kaltės elementas (BGHSt GrS 2, 194 ir vyraujanti nuomonė; kitaip mano Spendei, Tröndle-Festschr., S. 89, kuris neteisėtumo suvokimą priskiria subjektyviai veikos sudėčiai). Neteisėtumo suvokimo buvimas yra preziumuojamas, jei nėra ypatingų pagrindų, liudijančių šio suvokimo nebuvimą.

428 Neteisėtumo suvokimo turinį sudaro ne baudžiamosios nuostatos ar už veiką gresiančios baudžiamosios atsakomybės žinojimas, o kaltininko suvokimas, kad jo elgesys yra teisiškai draudžiamas (plačiau apie tai *Küper*, JZ, 89, 617, 621; *Neumann*, JuS 93, 793). Neteisėtumo suvokimas turi būti susijęs su veikos sudėtimi, t.y. turi apimti turimo omenyje baudžiamojo teisės pažeidimo specifinį neteisėtumo turinį (BGH VRS 65, 127); tuo atveju, kai viena veika realizuojamos kelios baudžiamųjų veikų sudėtys, neteisėtumo suvokimas yra dalijamas (BGHSt 10, 35; BGH StrVert 82, 218).

429 Paprastai tyčinės veikos neteisėtumas kaltininkui turi aiškiai „būti prieš akis“ (= aktualus neteisėtumo suvokimas; BGHSt 15. 377). Tačiau pagal vyraujančią nuomonę pakanka ir to, kad kaltininkas pagal jo lygį atitinkantį suvokimą ir vertybių įsivaizdavimą galėtų suvokti savo veikos neteisėtumą (BGHSt 21, 18, 20 = potencialus neteisėtumo suvokimas).

430 Jeigu kaltininkas veikos padarymo metu dėl neišvengiamos draudimo klaidos negali suprasti, kad darąs neteisybę, tai jis elgiasi be kaltės; taip yra tiek tyčinių, tiek neatsargių veikų padarymo atvejais (išsamiau žr. Nr. 464).

431 Pradiniu atveju turi būti vadovaujamasi tuo, kad K yra pakaltinamas. Tyčiniame neteisėtumo veikos sudėties realizavime (melaginga priesaika ir nusikaltimo slėpimas) yra sąmoningas teisėtvarkos normų paneigimas, todėl tai yra ir tyčinei kaltei būdingo pažiūrų žalingumo išraiška. Kadangi nėra jokių konkrečių aplinkybių, liudijančių neteisėtumo suvokimo nebuvimą (plg. apie tai BGHSt 5, 112), jo elgesio „smerktinumo“ srityje lieka tik patikrinti, ar nėra kaltę paneigiančių pagrindų.

VII. Kaltę paneigiantys pagrindai

432 Aplinkybės, pašalinančios kaltinimą, turi būti skirstomos į „kaltę pašalinančias aplinkybes“ ir į „kaltę paneigiančius pagrindus“. Kaltę pašalinančios aplinkybės – tai nepakaltinamumas ir klaidos dėl draudimo neišvengiamumas; jiems esant trūksta vienos iš kaltės sąlygų ar kaltę pagrindžiančių požymių. Kaltę paneigiančių pagrindų poveikis yra kitoks. Šie pagrindai tiek sumažina veikos neteisėtumo ir kaltės turinį, kad nėra pasiekiama žemiausia patraukimo baudžiamojon atsakomybėn riba ir

įstatymų leidėjas, atsižvelgdamas į ypatingus motyvus, atsisako pareikšti kaltinimą, t.y. nuolaidžiauja.

433 Kaltę paneigiantys pagrindai (kaltę paneigiantis būtinasis reikalingumas, elgesys pagal privalomą, priešingą teisei įstatymą ir kaltę paneigianti pareigų kolizija) paprastai reiškia, kad iš kaltininko negali būti reikalaujama normas atitinkančio elgesio. Naujausiame teisės moksle stiprėja nuomonė, kad kaltę paneigiantys pagrindai turi neteisėtumą ir kaltę švelninantį poveikį. Pvz., būtinojo reikalingumo poelgio atveju veikos padarinių žalingumas sumažėja pagal tai, kokią vertę turi kaltininko saugomas gėris, o elgesio žalingumas sumažėja priklausomai nuo šio saugomo gėrio apsaugos. Bet ir veikos kaltės turinys yra kur kas mažesnis, negu esant normalioms aplinkybėms, nes kaltininkas yra atsidūręs specifinėje situacijoje – jis yra smarkiai veikiamas ypatingų motyvų ir todėl kaltininkui neįmanoma arba labai sunku laikytis privalomų teisėtvarkos normų. Čia paneigimo pagrindas – tai manymas, kad veika nėra teisei labai svetimų ir smerktinų pažiūrų išraiška, kaip tai būtų nesant konfliktinės situacijos (išsamiau žr. *Jescheck*, AT §43 III; *Rudolphi*, ZStW 78, 67, 74: *Sch-Sch-Lenckner*, Nr. 111, prieš §32).

Šis požiūris paaiškina ir tai, kodėl kaltinimas, nepaisant būtinojo reikalingumo situacijos, gali būti pareiškiamas tiems asmenims, kurie pagal savo pareigas teisiškai yra įpareigoti pakelti pavojų gyvybei ir sveikatai, pvz., policijos pareigūnai, kareiviai, jūreiviai, gaisrininkai, kalnų gelbėtojai ir t.t. (plg. §35 I 2; RGSt 72, 246; BGH NJW 64, 730). Socialinis ir etinis įpareigojimas, kurio laikymusi teisinė visuomenė esant tipiškoms pavojų situacijoms yra suinteresuota, tokiais atvejais neleidžia mažinti neteisėtumo ir kaltės turinio.

Apie viską žr. *Roxin* (AT §22, Nr. 4, ZStW 96, 641, 655 ir JA 90, 97, 137), kuris kaltę paneigiančiuose pagrinduose mato atvejus, kai nėra prevencinės būtinybės bausti.

434 1. Kaltę paneigiančiam būtinajam reikalingumui (§35 I) būtina prielaida – būtinojo reikalingumo situacija, būtent tuo metu egzistuojantis pavojus (nuo kurio kitaip neįmanoma apsisaugoti) kaltininko, jo artimųjų (§11 I Nr. 1 prasme) ar kitų „artimų asmenų“ (= draugų, namų ekonomės, gyvenimo draugės ir t.t.) gyvybei, sveikatai ar laisvei.

435 Aplinkybių, pašalinančių baudžiamąją atsakomybę (§34), ir kaltę paneigiančio būtinojo reikalingumo skirtumai yra esminiai. Jie susiję ne tik su įstatymo prielaidomis (plg. buvimo „kur kas svarbesniu“ reikalavimą §34, taip pat §35 I apsiribojimą tam tikrais teisiniais gėriais, dėl kurių gali iškilti būtinasis reikalingumas, bei kaltininkui „artimais asmenimis“, kai veikiama trečiųjų asmenų naudai); šie skirtumai taip pat pasireiškia bendrininkavimo, būtinosios ginties ir klaidos srityse. Pagal §34 būtinojo reikalingumo atveju kaltininkas neveikia priešingai teisei, o kaip tik veikia teisėtai; prieš tokį jo elgesį negali būti naudojama būtinoji gintis, ir už bendrininkavimą su juo negali būti traukiama baudžiamojon atsakomybėn. Ir priešingai, pagal §35 paprastas kaltę paneigiantis pagrindas remiasi tuo, kad kaltininko veika esant būtinojo reikalingumo situacijai yra priešinga teisei – pagal §26, 27 darant tokią veiką gali būti bendrininkaujama ir prieš asmenį, ją darantį, gali būti naudojama būtinoji gintis, jei konkrečioje situacijoje tai atrodo esant reikalinga (plg. Nr. 342). Jei kaltininkas klaidingai įsivaizduoja egzistuojant aplinkybes, kurios jį pagal §34 atleistų nuo baudžiamosios atsakomybės, nors iš tikrųjų tų aplinkybių nėra, tai §16 I pagal prasmę turėtų būti taikoma jo naudai (vadinamoji klaida dėl leidžiančios veikos sudėties; žr. Nr. 470 ir toliau); jeigu kaltininkas mano egzistuojant §35 I išvardytas aplinkybes, kurios iš tikrųjų neegzistuoja, tai taikomas gali būti tik §35 II.

436 §35 I minimas teisinis gėris „laisvė“ reiškia tik laisvę laisvai judėti §239 prasme, o ne bendrą elgesio laisvę §240 prasme (plg. *Hirsch*, pastabos JR 80, 115; *Sch-Sch-Lenckner*, §35, Nr. 8).

437 Apie pavojaus sąvoką iš esmės galima pasakyti tą patį, kas jau buvo pasakyta (Nr. 304 ir toliau) apie pavojaus sąvoką anksčiau §34 (išsamiau žr. RGSt 60, 318; 66, 222; BGHSt 5, 371). Visai nesvarbu, ar yra pavojaus šaltinis. Juo, pavyzdžiui, gali būti gamtos įvykiai, pavojingos daiktų būsenos, jis gali atsirasti ir dėl žmonių veiksmų.

438 Būtina prielaida būtinojo reikalingumo situacijai atsirasti yra ir tai, kad nuo pavojaus negalima būtų apsisaugoti kitaip. Poelgis esant būtinajam reikalingumui turi būti kaip *ultima ratio* – vienintelė ir paskutinė išeitis iš būtinojo reikalingumo būklės; šis poelgis, užkertantis kelią pavojui, turi būti objektyviai būtinas ir tinkamas. Subjektyviai §35 I nustato prielaidą, kad kaltininkas veiktų suvokdamas pavojingą padėtį ir siekdamas šio pavojaus išvengti, t.y. norėdamas apsaugoti teisinį gėrį.

439 Jeigu pavojui kelio negalima užkirsti kitaip, kaip tik pažeidžiant baudžiamosios teisės normas, tai kaltininkas turi pasirinkti „santykinai švelniausią priemonę“. Be to, nuolat turi būti laikomasi proporcingumo principo; padaryti nuostoliai neturi būti akivaizdžiai neproporcingi grėsusiam pavojui (RGSt 66, 397). Jei kas nors, siekdamas išvengti nežymaus kūno sužalojimo ar laisvės suvaržymo, sunkiai sužaloja ar net užmuša niekuo dėtą asmenį, tai tokia kaltininko kaltė negali būti paneigiama (RGSt 66, 397; *Stree*, JuS 73, 461, 470). Kuo reikšmingesnis teisinis gėris pažeidžiamas veikiant būtinojo reikalingumo būklėje, tuo rūpestingiau kaltininkas turi tikrinti kitos išeities galimybę. (BGHSt 18, 311; BGH NStZ 92, 487; BayObLG GA 1973, 208).

440 Pagal §35 I 2 (= išimties taisyklė) kaltinimas nepanaikinamas, jei, atsižvelgiant į aplinkybes, iš kaltininko gali būti reikalaujama, kad jis susitaikytų su gresiančiu pavojumi. To ypač reikalaujama, bet nėra verčiama daryti tuo atveju, kai pats kaltininkas yra sukėlęs pavojų (= būtinojo reikalingumo situaciją §35 I 1 prasme) arba kai jo teisiniai santykiai ypatingi, ir įpareigotas būti labiau pakantus pavojams, pvz., yra kareivis, policijos pareigūnas, gaisrininkas ir t.t. (plg. Atsakomybės už karinius nusikaltimus įstatymo §6).

441 Pavojus neprivalo būti sukeltas kaltai (kitą nuomonę žr. senos redakcijos §54, taip pat žr. *Ebert*, AT, S. 97; *Sch-Sch-Lenckner*, §35, Nr. 20), tačiau remiantis *ratio legis* turi būti reikalaujama bent jau tokio ankstesnio elgesio, kuris būtų objektyviai priešingas asmens pareigoms (išsamiau žr. LK-*Hirsch*, §35, Nr. 49 ir toliau; SK-*Rudolphi*, §35, Nr. 15). Kai būtinojo reikalingumo poelgiai atliekami gelbstint giminaičius ar artimuosius, prieš iškylant pavojui pagal įstatymą šių asmenų elgesys nėra svarbus, įstatymas tik reikalauja atsižvelgti į pavojų, kurį sukėlė pats kaltininkas (taip pat mano *Maurach-Zipf*, AT §34, Nr. 6; *Sch-Sch-Lenckner*, §35, Nr. 20; kitaip mano *Jescheck*, AT §44 III 2a; SK-*Rudolphi*, §35, Nr. 170). Tačiau lemiamą reikšmę turi ne tai (ar bent jau ne tik tai); svarbesnis klausimas tas, ar iš kaltininko dėl §35 I 2 išvardytų ypatybių galėjo būti reikalaujama, kad jis pakęstų pavojų ir būtinojo reikalingumo situaciją. Jei pavojus yra kilęs dėl paties kaltininko elgesio, tai šito labiau gali būti reikalaujama tada, kai pavojus gresia pačiam kaltininkui, negu tada, kai gelbėjami artimieji. Gelbėti kitus asmenis kaltininkas yra labiau verčiamas todėl, kad pats yra atsakingas už sukeltą pavojingą situaciją. Išsamiau, su pavyzdžiais žr. *Roxin*, JA 90, 137, 140; *Timpe*, JuS 84, 85, 59 ir 85, 35.

442 Kadangi pagal §35 I veika tampa tik nekaltai padaryta, jos priešingumas teisei išlieka; prieš ją yra leidžiama būtinoji gintis (§32).

443 2. Prievartavimo sukeltą būtinąjį reikalingumą, kurį anksčiau reglamentavo senos redakcijos §52, dabar apima §35.

Prievartavimo sukeltą būtinąjį reikalingumą turime tada, kai kaltininkas dėl tuo metu gresiančio pavojaus (kurio kitaip neįmanoma išvengti) jo paties, giminaičių ar artimųjų gyvybei, sveikatai ar laisvei, yra verčiamas padaryti priešingą teisei veiką. Tai, ar šiais atvejais elgesys gali būti pateisintas pagal §34, jei lyginant su prievartautojo grasinimais, teisinis gėris buvo pažeistas tik palyginti nereikšmingai, yra ginčytina (patvirtina – *Jakobs* AT 13/14, *Küper*, Nötigungsnotstand, S. 47 ir toliau, 75; LK-*Hirsch*, §34, Nr. 69 a, *Roxin*, AT §16, Nr. 58; SK-*Samson*, §34, Nr. 31). *Pavyzdys.* A, išsitraukęs pistoletą, verčia B išdaužti C langą, jei šis nepaklus – grasinama nušauti B. Kadangi gyvybė yra aukščiausias teisinis gėris ir §84 yra nesvarbu tai, ar pavojus kyla dėl gamtos jėgų, ar dėl žmogaus, todėl atrodo, kad B gali būti atleidžiamas nuo atsakomybės už akmenų mėtymą į langą. C negalėtų naudotis būtinąja gintimi. B būtų teisėtai besielgiantis įrankis priešingai teisei besielgiančio A rankose, kuris, kaip netiesioginis kaltininkas, yra atsakingas už C padarytą žalą (plg. Nr. 537). Tačiau toks sprendimas, kuris pašalina galimybę gintis nuo B poelgio pagal būtinosios ginties taisykles, C pastūmėja į neteisėtumą, jei jis bando gintis nuo B, kelia rimtų abejonių, nes B atstovauja neteisėtumui, kai pasiduoda spaudimui ir leidžia save padaryti „pailginta A ranka". Aplinkybė, kad A ne pats mėto akmenis į C langą, o naudojasi paklusniu „žmogumi tapusiu įrankiu", negali būti naudojama kaip pagrindas C teisinei pozicijai iškreipti. Pasitikėjimas teisėtvarka, jos galia būtų stipriai pakirstas, jeigu užpultam C būtų visai neleidžiama gintis nuo prievartaujamo B elgesio ir jo teisė gintis (dažniausiai nelabai efektyvi) apimtų tik gynybą nuo prievartautojo A. Būtina atkreipti dėmesį, kad §34 svarbiausia – ne susikertančių teisinių gėrių lygmuo, o pirmiausia tai, kieno interesai, lyginant apskritai, yra labiau gintimi, ir tai, ar veika, kuria ginamasi, yra tinkama priemonė konfliktui spręsti. Nepaisant spaudimo tai, ką daro B, neatrodo esanti teisėta priemonė siekti teisėto tikslo, todėl būtų tikslinga ne visai atimti iš C teisę į būtinąją gintį, o tik apriboti tiek, kiek tai nustato taisyklės apie socialines ir etines būtinosios ginties ribas prieš aiškiai nekaltai veikiantį asmenį (plg. Nr. 343, 344). Atitinkamai ankstesnei įstatymo reglamentacijai (senos redakcijos §52) ir ja paremtu vertinimu, įstatymų leidyboje turi būti laikomasi nuomonės, kad prievartavimo sukeltas būtinasis reikalingumas prievartautojo elgesio nepateisina, o tik paneigia kaltę (taip pat mano *Baumann-Weber*, AT, §21, III; *Blei*, AT §44, IV 5; Lange, NJW 78, 785; LK-*Spendel*, §32, Nr. 212; *Sch-Sch-Lenckner*, §34, Nr. 41 b, kuris pripažįsta išimtis tuo atveju, kai kompetentinga politinė instancija dėl šantažo nusprendžia paleisti kalinius; apie tai žr. *Roxin*, Oehler-Festschr., S. 181, 189, BVerfGE 46, 160 ir 214). Skirtingai mano *Neumanno* (JA 88, 329), kuris pasisako už kompromisinį sprendimą ir pateisinamo būtinojo reikalingumo esant prievartavimui taikymo sferą nori apriboti tais atvejais, kai prievartaujamajam yra grasinama pažeisti svarbiausius asmeninius teisinius gėrius.

444 Pradiniu atveju tuo metu K grėsė ir buvo esminis rokerių gaujos grasinimas.

Žinoma, buvo galima nebijoti, jog grasinimas bus realizuotas apklausos teisme metu. Tačiau pavojus grėsė ne ateityje, o „tuo metu ir nuolat", ir sužalojimas, kuriuo buvo grasinama, bet kuriuo metu galėjo būti padarytas, todėl K privalėjo rinktis: ar tuoj pat pradėti gintis, ar pasiduoti spaudimui (plg. BGHSt 5, 371, 373; BGH GA 1967, 113; JR 80, 113; taip pat žr. Nr. 307).

Tai, ar rokerių gauja savo grasinimą norėjo įvykdyti, neturi reikšmės; pakanka to, kad grasinimas atrodė esąs pakankamai rimtas ir K tikėjo, kad jis gali būti įvykdytas. Žinoma, kyla klausimas, kaip reikėjo suprasti grasinimą: ar juo buvo siekiama priversti K liudyti A naudai, ar K buvo verčiamas tik neliudyti prieš A.

Pastaruoju atveju K galėjo išvengti jam gresiančio pavojaus atsisakydamas duoti parodymus, tačiau tada teismas būtų galėjęs jam taikyti procesinės prievartos priemones neteisėtai atsisakius duoti parodymus pagal BPK §70 (= paskiriama privaloma piniginė bauda ir fakultatyviai gali būti paskirtas areštas; išsamiau apie tai žr. LK-*Hirsch*, §35, Nr. 45; *Wessels*, H.Mayer-Ferstschr., S. 587). Todėl K negalėjo pasirinkti jam patogiausios išeities, kad išvengtų pavojaus, bet privalėjo pasirinkti „mažesnę blogybę" (instrukcijas žr. RGSt 66, 222 ir 397). Tačiau iškyla problema, kokiu mastu iš liudytojo gali būti reikalaujama, kad jis susitaikytų su pagal StPO §70 gresiančiu pavojumi iki 6 mėnesių netekti laisvės (plg. BGH LM StGB §52, Nr. 8).

Tačiau yra svarstytina ir tokia galimybė, kad atsisakymas duoti parodymus gali būti nenaudingas kaltinamajam, nes teismas dėl tokio atsisakymo kaltinamajam gali padaryti nenaudingas išvadas.

Anksčiau teismų praktikoje labai dažnai dėl naudojimosi teise atsisakyti duoti parodymus buvo daromos nenaudingos kaltinamajam išvados (plg. RGSt 55, 20; BGHSt 2, 351; kritiką žr. *Wessel*, JuS 66, 169). Teisinga įrodinėjimo taisyklė, kad tylėjimas pats savaime nieko neįrodo, įsitvirtino tik pastaruoju metu (BGHSt 20, 281; 22, 113; 32, 140; BGH GA 1979, 468; NStZ 85, 87; MDR 91, 1024 pas *Holtz*).

Pradiniu atveju yra pagrindo manyti, kad K atsisakymą duoti parodymus rokerių gauja galėjo suprasti kaip A „apkaltinimą".

Tai išplaukia jau iš to, kad K teismui nebūtų galėjęs nurodyti jokio įtikinamo motyvo, dėl kurio atsisako duoti parodymus. Taigi susiklostė tokia situacija, kad K galėjo išvengti būti rokerių sumuštas tik duodamas parodymus kaip liudytojas ir neteisingai papasakodamas apie tai, ką matė.

Todėl K naudai gali būti taikomas §35 I numatytas kaltę paneigiantis pagrindas – vadinamojo prievartavimo sukelto būtinojo reikalingumo forma.

Atsisakymo pagrindai pagal §35 I 2 prasmę nėra aiškūs. Ypač iš K negalėjo būti reikalaujama, nepaisant ypatingų „teisinių santykių", kuriuos jis, kaip liudytojas, patyrė, kad pakęstų sunkų kūno sužalojimą (plg. RGST 66, 397).

Jeigu situaciją aiškintume taip, kad rokeriai būtų buvę patenkinti, jei K paprasčiausiai būtų atsisakęs duoti parodymus, bet pats K to nesuprato, tai tada K būtų klaidingai įsivaizdavęs egzistuojant kaltę paneigiančią aplinkybę (= klaida dėl galimybės kitaip išvengti pavojaus). Tada klaida, jeigu ji buvo neišvengiama, gali pagal §35 II turėti kaltę paneigiantį poveikį (plg. OLG Hamm NJW 58, 271; taip pat žr. Nr. 491).

445 3. Vyraujanti nuomonė kaip kaltę paneigiantį pagrindą pripažįsta ir būtinosios ginties ribų peržengimą §33 prasme (plg. BGHSt 3, 194; *Jescheck*, AT §45 II 2). Tačiau atskiri klausimai yra labai ginčytini.

446 a) Jeigu užpultasis būtinosios ginties ribose ginasi intensyviau negu yra „būtina" (vadinamasis intensyvinės būtinosios ginties ekscesas), jis irgi veikia neteisėtai

(RGSt 66, 288), tačiau jo elgesio kaltė paneigiama pagal §33, jei užpultasis nesąmoningai ar sąmoningai būtinosios ginties ribas peržengia sumišęs, dėl išgąsčio ar baimės (žr. BGHSt 39, 113; BGH NStZ 89, 474; 95, 76; plačiau žr. *Geilen*, Jura 81, 378 ir toliau; *Müller-Christmann*, JuS 94, 649; *Roxin*, Schaffstein-Festschr., S. 105 ir pastabos NStZ 93, 335).

Ši taisyklė grindžiama tuo, kad esant neteisėtam užpuolimui auka nusipelno didesnio nuolaidumo, nes jos veikos neteisėtumo turinys dėl noro gintis yra smarkiai sumažėjęs, ir, atsižvelgiant į §33 prielaidas, jis nepasiekia žemutinės traukimo baudžiamojon atsakomybėn ribos.

447 b) Jeigu užpuolimas „tuo metu" negresia, bet pasiryžęs gintis asmuo to sąmoningai nepaiso (vadinamasis ekstensyvesnės būtinosios ginties ekscesas), tai tokiu atveju remtis §33 negalima (RGSt 54, 36; 61, 216; *Jescheck*, AT §45, II 4; *Roxin*, AT, §22, Nr. 88; *Timpe*, JuS 85, 117, 121).

Pavyzdys. Spardomas sumuštas, nepajėgiantis kovoti ir be sąmonės ant žemės gulintis užpuolikas. Asmuo, suvokdamas, kad užpuolimas baigėsi, ir toliau žaloja užpuoliką (buvusį). Jis turi būti baudžiamas pagal atitinkamą tyčinę veikos sudėtį (pvz., §223, 223 a).

448 c) Jeigu besiginantis klaidingai mano, kad užpuolimas jau prasidėjo ar dar nėra pasibaigęs, tai turime tariamosios būtinosios ginties atvejį (= klaidingas manymas, kad yra pateisinama situacija), kuris turi būti sprendžiamas vadovaujantis vien tik klaidos taisyklėmis. Taikyti §33 čia nelieka erdvės, nes §33 remiasi §32 ir reikalauja tikro (o ne tariamo) užpuolimo (BGH NStZ 87, 20; 83, 453; kitaip apie ekscesą pasibaigus užpuolimui žr. LK-*Spendel*, §33, Nr. 4, 8; *Otto*, Jura 87, 604; *Sch-Sch-Lenckner*, §33, Nr. 7).

Klaidingas manymas, kad egzistuoja veikos, pašalinančios baudžiamąją atsakomybę, sudėties prielaidos (= klaida dėl leidžiančios veikos sudėties), analogiškai §16 I pašalina tyčinį kaltinimą ir galimybę bausti už tyčinės veikos sudėties realizavimą (išsamiau žr. Nr. 470 ir toliau). Tuo atveju, jei klaidos buvo galima išvengti, tai pagal §16 II 2 privalo būti tikrinama, kokią reikšmę galima kaltininko afekto būsena (= sutrikimas, išgąstis ar baimė) turi jo kaltinimui neatsargios veikos padarymu.

449 d) Jeigu kaltininkas mano, kad jis yra užpultas ir tariamoje būtinojoje gintyje peržengia gynybos ribas, tai turime „tariamosios būtinosios ginties ekscesą". Tokioje situacijoje taip pat turi būti vadovaujamasi bendromis taisyklėmis dėl klaidos ir §33 taikyti taip pat nelieka erdvės.

Plg. BGH NJW 62, 308; 68, 1885; NStZ 83, 453; *Jescheck*, AT, §45 II 4; kitą nuomonę žr. *Baumann-Weber*, AT, §21, II 1 d.

450 4. Tarnautojai ir kareiviai, kurie (kaip pavaldiniai) vykdo juos neįpareigojantį nurodymą (= potvarkį, įsakymą), kuriuo reikalaujama elgesio, už kurį gali būti traukiama baudžiamojon atsakomybėn, elgiasi priešingai teisei, bet jų kaltė gali būti paneigta (plg. Federalinio pareigūno įstatymo §56 II 3, Pareigūnų teisių įstatymo §38 II 2, Karo nusikaltimų įstatymo §51).

Privalomas nurodymas pavaldiniui ir pareiga jį vykdyti reiškia, kad yra aplinkybės, šalinančios baudžiamąją atsakomybę. Tam tikrais išimtiniais atvejais galima nuo atsakomybės atleisti ir tada, kai nurodymas yra priešingas teisei (pvz., kariuomenėje liepiama padaryti administracinį teisės pažeidimą ar neleistiną poelgį). Plg. Įstatymo dėl kareivių teisinės padėties §11 II. Būtina skirti įsakymo priešingumą teisei ir privalomumą (išsamiau žr. *Jescheck*, AT §35 II, *Lenckner*, Festschr. für Strese/Wessels, S. 223; kitą nuomonę žr. *Amelung*, JuS 86, 329, 337; *Küper*, JuS 87, 81 su kitomis nuorodomis).

Neįpareigojančio nurodymo pirmiausiai esama tada, kai jį vykdant padaroma baudžiamoji veika, pažeidžiama žmogaus garbė ir orumas ar nusižengiama visuotinai pripažintoms tarptautinės teisės taisyklėms (plg. Įstatymo dėl kareivių teisinės padėties §11 II; dar ir administracinės teisės pažeidimus apima Federalinio pareigūnų įstatymo §56 II 3; Pareigūnų teisių įstatymo §38 II; išsamiau žr. *Jescheck*, AT §35 II ir §46 II, *Maurach-Zipf*, AT §34, Nr. 23).

Į neįpareigojantį nurodymą, kaip į kaltę paneigiantį pagrindą, gali būti atsižvelgiama tik tada, kai pavaldiniui šis nurodymas atrodo esąs privalomas, o suvokti neprivalomumą jis neturėjo pakankamai galimybių.

Asmeniui, pozityviai suvokusiam įvykdyto nurodymo neprivalomumą, kaltė negali būti paneigta. Kaltė negali būti paneigiama tada, kai buvo aiškus reikalaujamo elgesio baustinumas, kareiviams kaltė negali būti paneigiama tik dėl „akivaizdžios“ galimybės tai suvokti (Įstatymo dėl kareivių teisinės padėties §11 I 2; Įstatymo dėl karo nusikaltimų §51; BGHSt 19, 231).

451 5. Negalimumas reikalauti normas atitinkančio elgesio, pagal vyraujančią nuomonę, negali būti pripažintas pagrindiniu „antiįstatyminiu“ kaltę paneigiančiu pagrindu (plg. RGSt 66, 397; *Achenbach*, JR 75, 492; LK-*Hirsch*, Nr. 196, prieš §32).

Tokio migloto, savo prielaidomis ir ribomis neapibrėžto kaltę paneigiančio pagrindo pripažinimas atvertų duris ir vartus teisiniam nesaugumui.

Tačiau tam tikrais atskirais atvejais negalimumas reikalauti nuostatos, kaip reguliuojantis principas, pasidaro gana svarbus; ypač neatsargių baudžiamųjų teisės pažeidimų ir baudžiamųjų teisės pažeidimų, padaromų neveikumu, atvejais, kai iškyla būtinybė teisingai nubrėžti pareigos rūpintis bei atitinkamai elgtis ribas (plg. įstatymo reglamentavimą: §323 c; toliau žr. BGHST 6, 47; 11, 135 ir 353; BGH NSTZ 84, 164).

452 Tačiau ypač neįprastose konfliktinėse situacijose pagal vyraujantį požiūrį lieka erdvės ir vienam „antiįstatyminiam“ kaltę paneigiančiam pagrindui pripažinti.

Nacionalsocializmo laikais gydymo įstaigų gydytojams neišvengiamai buvo iškilusi alternatyva: ar atrinkti kai kuriuos psichinius ligonius (įrašyti į vadinamuosius perkėlimo sąrašus), ribotai dalyvauti Hitlerio įsakytoje „eutanazijos akcijoje“ ir taip išgelbėti daugumą psichinių ligonių, arba atsisakyti bet kokiu būdu dalyvauti šioje priešingoje teisei slaptoje akcijoje, kaip šio atsisakymo padarinį suvokiant tai, kad režimui ištikimi gydytojai gali užimti jų vietą ir iki galo paleisti naikinimo mechanizmą. Dalis gydytojų, tuomet sąžiningai suvokdami būtinąjį reikalingumą, pasirinko pirmąjį kelią.

Tokioje neįprastoje, beveik neišsprendžiamoje pareigų kolizijoje teisėtvarka negali pareikšti kaltinimo, jeigu kaltininkas sprendimą priima vadovaudamasis savo sąžine ir jo elgesys nulemtas pasiryžimo gelbėti, atsižvelgiant į esamas aplinkybes, yra

vienintelė priemonė siekiant išvengti dar didesnės žalos svarbiausiems teisiniams gėriams. Tokiu atveju kaltininkas, pripažinus būtinąjį reikalingumą kaip antiįstatyminį kaltę paneigiantį pagrindą, neturėtų būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn.

Išsamiau (iš skirtingų pozicijų) apie tai žr. OGGSt 1, 321; 2, 117; *Gallas*, Beiträge zur Verbrechenlehre, 1968, S. 59; *Jescheck*, AT, §47 I; *Küper*, S. 20, 62 ir t.t.; Tötungsverbot und Lebensnotstand, JuS 81, 785, 793; Die Lämonische Macht des „Katzenkönigs", JZ 89, 617; *Otto*, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3. Aufl. 1978, S. 2, 107 ir toliau; *Roxin*, AT, §22, Nr. 143, 144 su kitomis nuorodomis.

§11. KLAIDOS TEORIJA. KLAIDOS DĖL DRAUDŽIAMOSIOS NORMOS, TAIP PAT DĖL APLINKYBIŲ, ŠALINANČIŲ BAUDŽIAMĄJĄ ATSAKOMYBĘ, IR APLINKYBIŲ, PANEIGIANČIŲ KALTĘ

453 *Vienuoliktasis atvejis*. Prieš išvykdami į ilgą kelionę po užsienį, sutuoktiniai E vasaros atostogų laiku paliko abu savo berniukus: devynmetį A ir dvylikametį B tetos T globai. Pagal susitarimą T perduotos visos tėvams įprastos auklėjimo teisės, įskaitant ir teisę taikyti atitinkamas bausmes. Praėjus šiek tiek laiko, A ir B, visai nereaguodami į prašymus, pradeda krėsti įvairias išdaigas. Vieną dieną T suranda abu berniukus slapta įsibrovusius į svečių priimamąjį, kuriame stovi akvariumas su egzotiškomis dekoratyvinėmis žuvimis. Apstulbusi T pastebi, kad dauguma žuvų negyvos plūduriuoja vandenyje. Ji iš karto nusprendžia, kad dėl to kalti berniukai. Išsigandusiomis akimis žiūrinčiam A T skelia lengvą antausį, o klastingai išsiviepusiam B ji smogia raktų ryšuliu per galvą. Nuo smūgio kaktoje atsiveria kraujuojanti žaizda. Vėliau, tiksliai patikrinusi, T išsiaiškina, kad žuvys nugaišo dėl savaime akvariumo vandens šildymo sistemoje atsiradusio defekto.

Ar T kaltai padarė kūno sužalojimą?

I. Klaidos teorija

454 T, bausdama berniukus, realizavo §223 numatytą veikos sudėtį; B atveju esama žiauraus fizinio elgesio panaudojant pavojingą įrankį §223 a prasme (plg. *Wessels*, BT/1, Nr. 247, 252 ir toliau).

Fizinė bausmė abiem atvejais buvo priešinga teisei, nes bausti nebuvo pakankamo pagrindo (plg. Nr. 389).

Tačiau T buvo įsitikinusi, kad A ir B yra kalti dėl to, kad nugaišo dekoratyvinės žuvys. Kyla klausimas, kokią reikšmę turi klaida baudimo pagrindui (= A atvejis) ir teisinėms baudimo riboms (= B atvejis).

Klaidingo kaltininko įsivaizdavimo, susijusio su veikos neteisėtumo pobūdžiu, atvejais pagal §16, 17 turi būti skiriamos klaidos dėl veikos sudėties ir klaidos dėl draudimo.

455 Klaida dėl veikos sudėties (§16 I) yra tada, kai kas nors, darydamas veiką, nesuvokia aplinkybės, priklausančios įstatyme numatytai veikos sudėčiai. Klaida dėl vei-

kos sudėties yra atvirkštinė veikos sudėties tyčios pusė: veikiantysis „nežino to, ką jis veikos požiūriu daro"; jis neturi įsivaizdavimo, kuris yra būtinas veikos sudėties tyčiai.

Medžiotojas nežino, kad prietemoje grybautoją palaikęs šernu jis šauna į žmogų ir todėl pagal §16 I 1 jis nepadaro tyčinio nužudymo §212 prasme. Asmuo užeigoje, supainiojęs apsiaustus, apsirengęs ne savo, bet kito svečio drabužį, veikia be vagystės tyčios, nes jis nežino, kad paima svetimą daiktą §242 prasme (apie tai žr. Nr. 812).

456 Ir priešingai, klaida dėl draudimo (§17) yra klaida dėl veikos priešingumo teisei, pasireiškianti specifine veikos sudėties forma; kaltininkas „čia suvokia, ką jis (veikos sudėties prasme) daro, bet klaidingai galvoja, kad tai yra leidžiama" (BGHSt GrS 2, 194, 197).

Asmuo lytiškai santykiauja su psichiškai nesveika moterimi žinodamas apie jos būklę ir kad tai daro prieš jos valią. Jis pasinaudoja jos psichine negalia priešintis, bet nežino, kad tai daryti įstatymas draudžia (§179), žino ką daro ir suvokia visas §179 aprašytas veikos aplinkybes. Taigi kaltininkas nedaro klaidos dėl veikos sudėties. Jo suvokimo trūkumas yra susijęs vien tik su elgesio priešingumu teisei ir todėl tai yra tik klaida dėl draudimo §17 prasme (plg. apie tai Nr. 814).

457 Ypatingą padėtį užima įstatymu nereglamentuota klaida dėl aplinkybių, šalinančių baudžiamąją atsakomybę. Pagal vyraujančią nuomonę klaidingai manoma, kad egzistuojančios pateisinančios aplinkybės, pagal teisinius padarinius prilygstančios klaidai dėl veikos sudėties, ir yra vadinamoji klaida dėl leidžiančios veikos sudėties, kurios įvykdymo atveju turi būti vadovaujamasi §16 I (čia atstovaujama nuomonei §16 I ir vadovaujamasi analogija, tik šiuo atveju nesama ne įstatyme minimos veikos sudėties tyčios, o vien už šią tyčią negali būti smerkiama. Tai reiškia, kad, nesant tyčinės kaltės, kaltininkas negali būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn už tyčinę veiką). Ir priešingai, klaida dėl aplinkybės, šalinančios baudžiamąją atsakomybę, egzistavo ar dėl šios aplinkybės teisinių ribų (= leidimo klaida), kaip netiesioginė klaida dėl draudimo yra priskiriama §17 taikymo sferai (išsamiau žr. Nr. 486, 817).

458 1. Klaidų dėl veikos sudėties ir draudimo supriešinimas buvo pripažintas tik penkiasdešimtaisiais metais.

Vadovaudamasis principu, kad kaltinimas nepriklauso nuo priešingumo teisei suvokimo, Reicho aukščiausiasis teismas skyrė klaidą dėl veikos (= teisinių sąvokų nesupratimas). Senos redakcijos §59 (= naujos redakcijos §16 I) taikymas apsiribojo klaida dėl veikos: į klaidą dėl teisės paprastai dėmesys neturėjo būti kreipiamas. Tačiau teisingumo sumetimais Reicho aukščiausiasis teismas darydavo išimtį klaidos dėl teisės „už baudžiamosios teisės ribų" atveju, kai tokia klaida pagal analogiją (senos redakcijos §59) buvo prilyginama klaidai, pašalinančiai veikos tyčią (plg. RGSt 1, 368; 10, 234; 72, 305, 309). Visiškai nebuvo atsižvelgiama į klaidą dėl teisės „baudžiamosios teisės ribose" net ir tada, kai klaida buvo susijusi su neteisėtos veikos sudėtyje minimomis teisinėmis sąvokomis (plg. RGSt 34, 418; 57, 235 = testamento sudarymo atvejis).

Moksle šis skirtumas buvo beveik vieningai atmestas kaip savavališkas ir nerealizuojamas (kitą nuomonę žr. Kujlen, Irrtum, S. 35 ir t.t.). Po 1945 m. daugelis teismų pradėjo

atsiriboti nuo Reicho aukščiausiojo teismo teisinės praktikos (pvz., OLG Oldenburg MDR 50, 690; OGHSt 2, 117, 129). Šią tendenciją baigė Federalinio teismo didžiojo baudžiamųjų bylų senato principinis sprendimas (BGHSt 2, 194), kuriame (pagal „kaltės teoriją") neteisėtumo suvokimas buvo pripažintas savarankišku kaltės elementu ir jame buvo atribotos klaidos dėl veikos sudėties ir klaidos dėl draudimo.

459 2. Priešingai tam, tyčios teorija (dabar dėl §17 tapusi bereikšme) „tyčią" laikė kaltės požymiu, kuris be veikos sudėties suvokimo ir noro ją įvykdyti (= veikos sudėties tyčia) turėjo apimti ir neteisėtumo suvokimą.

Šiuo požiūriu tyčinis elgesys gali būti tik tuomet, kai kaltininkas elgėsi su *dolus malus*, t.y. suvokė tai, kad realizuota priešinga teisei veikos sudėtis. Bet čia nėra būtina atskirti veikos klaidą ir teisės klaidą arba veikos sudėties klaidą ir draudimo klaidą, nes tyčios nuneigimas priverstinai pasireiškia tuo, kad neteisėtumas nėra suvokiamas.

Tyčios teorijos požiūriu egzistuoja tik viena svarbi klaida – būtent manymas, kad elgiamasi teisėtai. Ir yra visai nesvarbu tai, kas sudaro šios klaidos pagrindą, ir dėl kokios priežasties nesuvokiamas priešingumas teisei.

Tuo metu, kai „griežta" tyčios teorija be jokių apribojimų laikėsi tokio požiūrio (*Baumann*, *Lang-Hinrichsen* ir *Schröder*), „ribota" tyčios teorija tyčios buvimą norėjo pripažinti tada, kai neteisėtumo kaltininkas nesuvokė dėl „teisinio aklumo" ar dėl teisinio priešiškumo (žr. *Mezger*, NJW 51, 500; 53, 2; *Schönke*, StGB 4. Aufl., §59 pastabos VI 1 b).

460 „Griežtos" tyčios teorija pagrįstai buvo kritikuojama baudžiamosios politikos požiūriu, nes ši teorija skatino teisinį abejingumą, kadangi net ir grubiausia vertinimo klaida buvo pripažįstama kaip tyčią pašalinanti aplinkybė. Ten, kur nėra numatytos neatsargių veikų sudėtys, kyla neleistinos traukimo baudžiamojon atsakomybėn spragos. „Ribotos" tyčios teorijos trūkumas yra tas, kad šiai teorijai gali būti atstovaujama tik atsisakant pagrindinių išeitinių šios teorijos nuostatų.

461 Modifikuotos formos „griežtos" tyčios teorijos šalininkų yra ir šiuo metu, tačiau jie nesutaria dėl tyčios turinio ir vietos. Jeigu *Schmidhäuseris* (AT 5/6, 7/36, 7/89) neteisėtos veikos sudėčiai priskiria tik tyčios voliuntaristinį elementą ir pagal jį „tyčios" sąvoka apima veikos ir neteisėtumo suvokimus kaip kaltės požymius, tai *Langeris* (Das Sonderverbrechen, 1972, S. 293 ir toliau, 356 ir toliau, bei GA 1976, 193, 208) kaltės „tyčią" identifikuoja kaip paprastą neteisėtumo suvokimą, poelgio valią ir veikos suvokimą laikydamas tik neteisėtumo elementais. Dar kitokios nuomonės laikosi *Ottas* (Grundkurs AT, §7 IV, V ir §5 II 2, taip pat *Meyer-Gedschr.*, S. 583, 601), kuris poelgio valią, veikos aplinkybių suvokimą (= veikos suvokimą) ir materialų neteisėtumo suvokimą, kaip „socialinio žalingumo suvokimą", priskiria subjektyviai neteisėtos veikos sudėčiai. Nuo pastarosios jis savo ruožtu atskiria formalų priešingumo teisei suvokimą, kuris, jo nuomone, yra priskirtinas kaltės sričiai ir pasireiškia žinojimu, kad yra pažeidžiama baudžiamosios teisės nuostata (taip mano *D. Geerds*, Jura 90, 42). Visos šios tyčios teorijos variacijos yra nesuderinamos su įstatymu.

462 3. Galiojanti teisė pagal §16, 17 gerai apgalvotą pagrindą remiasi kaltės teorija. Paskutiniu metu buvo patvirtintas ir šių pagrindų atitikimas Konstituciją (BVerfGE 41, 121; *Kramer/Trittel*, JZ 80, 393).

463 Tai neigia *Schmidhäuseris* (JZ 79, 361; 80, 396) ir *Langeris* (GA 1976, 193) teigdami, kad tik tyčios teorija iki galo pagrindžia kaltės principą; todėl §16, 17 turėtų būti suprantami tyčios teorijos prasme. §16 I esą yra tik dalinė taisyklė, kuri turi būti taikoma ir neteisėtumo nesuvokimo atvejais; pagal tai jau bet kokia (tiesioginė ir netiesioginė) klaida dėl draudimo pašalina tyčią. §17 siejasi tik su neatsargiai padarytomis veikomis, t.y. tik su tais atvejais, kai pagal §16 I 2 išlieka bausmės galimybė už neatsargiai padarytą veiką. Iš to išplaukia, kad §17 2 nuostata reiškia ne bausmės už tyčią, o atitinkamos bausmės už neatsargumą sušvelninimą.

Bandymas taip interpretuoti šias normas yra nesuderinamas su galiojančia teise. Šis bandymas prieštarauja ne tik aiškiai išreikštai įstatymų leidėjo valiai (ką *Schmidhäuseris* anksčiau nurodytame darbe pripažįsta), bet ir pačiam įstatymui, kurio pagrindinė koncepcija §16, 17, 26, 27 yra nedviprasmiškai paremta vyraujančia kaltės teorija ir šiai teorijai pritariančia teismų praktika (apie tai žr. AK-*Neumann*, §17, Nr. 1, 2; *Krey*, ZStW 101, 838, 868; *Loos*, Festschr. für Wassermann, 1985, S. 123; *Roxin*, AT §21, Nr. 11).

464 Kaltės teorija vadinama „vyraujančia“ ir todėl, kad aktualiame ar potencialiame neteisėtumo suvokime įžvelgia dar vieną (nuo veikos sudėties tyčios atribotą) kaltės elementą. Pagal šią teoriją neteisėtumo nematymas, kaip klaida dėl draudimo, susijęs ne su „tyčia“, o tik su „kalte“. Klaidos teisiniai padariniai priklauso nuo šios klaidos išvengtinumo. Neišvengiama klaida dėl draudimo pašalina veikos sudėties įvykdymo smerktinumą, taigi yra pagrindas, paneigiantis kaltę. Išvengtina klaida dėl draudimo gali (bet nebūtinai) būti bausmę šalinančiu pagrindu, dėl kurio bausmė už tyčinį baudžiamąjį teisės pažeidimą gali būti sušvelninta pagal §17 2 sakinį 49 I.

465 „Išvengtinumo“ kriterijai dar nėra iki galo aiškūs. Teismų praktikoje klaidos „neišvengiamumas“ pripažįstamas laikantis labai griežtų reikalavimų. Lemiamą reikšmę turi tai, ar kaltininkas, atsižvelgiant į jo socialinę padėtį, individualius sugebėjimus, pažinimo galias, į jo teisinį dorovinį vertybių suvokimą, galėjo įžvelgti veikos neteisėtumą (BGHSt 4, 1 ir 237; 3, 357). Atsiradus abejonei, ar veika yra teisiškai leistina, iškyla pareiga tai išsiaiškinti. Asmuo, neišmanantis teisės, prieš pažeisdamas saugomus teisinius gėrius, pagal galimybes privalo išsiaiškinti teisinę situaciją; jis negali paprasčiausiai pasikliauti savo nebūtinai teisingu sprendimu (BGHSt 5,112 ir 284; 21, 18). Tai, ar bandymas išsiaiškinti teisinę situaciją būtų pašalinęs klaidą, turi būti kruopščiai tikrinama kiekvienu konkrečiu atveju (OLG Celle NJW 77, 1644; *Neumann*, JuS 93, 793). Neteisinga teisinė konsultacija dar savaime nepanaikina kaltinimo galimybės; svarbiausia yra tai, ar kaltininkas tikėjo šios konsultacijos teisingumu, ir ar ši konsultacija galėjo atrodyti patikima. Pagal teismų praktiką patikimas – tai tik kompetentingas, reikalo esmę suvokiantis, nešališkas asmuo ar įstaiga, kuri garantuoja objektyvių, atsakingų konsultacijų teikimą (išsamiau žr. BGH NJW 95, 204; BayObLG JR 89, 386; plg. *Walter*, JuS 79, 482; *Zaczyk*, JuS 90, 889).

Kaltės teorijos rėmuose pastaruoju metu išsirutuliojo kelios priešingų pažiūrų kryptys.

466 „Griežta“ kaltės teorija, kuriai dažniausiai atstovauja finalinės teorijos šalininkai (*Welzel*, *Maurach*, *Armin Kaufmann*, *Gössel*, *Hirsch*, *F.C.Schroeder* ir kt.), kiekvienoje klaidoje dėl veikos priešingumo teisei įžvelgia klaidą dėl draudimo su §17 numatytais teisiniais padariniais. Ši teorija nesidomi tuo, ar kaltininkas manė, jog jo veika nėra iš esmės draudžiama, ar klysdamas dėl atleidimo nuo atsakomybės

pagrindo buvimo, jo pobūdžio ar apimties tik netiesiogiai manė, kad jo elgesys yra leistinas.

Tiek pirmu, tiek ir antru atveju svarbu tik tai, ar galima buvo klaidos išvengti, ar ne (išsamiau žr. LK-*Schroeder*, §16, Nr. 47-52, §17 Nr. 9; *Maurach-Gössel*, Fälle und Lösungen, 6, Aufl., S. 187 ir toliau). Pavyzdžiui, asmuo, neatsargiai suvokęs situaciją, keliaujantį vaikiną palaikęs plėšiku ir tariamos būtinosios ginties metu jį sužeidęs, būtų baudžiamas už tyčinį kūno sužalojimą (§223 ir toliau), o ne už neatsargios veikos sudėties realizavimą (§230). Kriminalinės policijos pareigūnas, nekaltą asmenį supainiojęs su ieškomu žudiku ir jį sulaikęs, yra kaltas dėl tyčinio laisvės atėmimo (§239), jei klaidos buvo galima išvengti; tačiau tai yra abejotina jau todėl, kad pareigūnas, neveikiantis pagal savo įsivaizdavimą, rizikuotų būti apkaltintas trukdymu patraukti kaltą asmenį atsakomybėn (§258 a). Tokiais atvejais griežta kaltės teorija nebūtų teisinga, jos rezultatai daugeliu atvejų būtų sunkiai suderinami su teisėtumo jausmu.

467 b) „Ribota" kaltės teorija, kuri įsigalėjo teismų praktikoje ir teisės moksle, ir kurios pavadinimas šiuo metu reiškia didžiulę grupę atskirų, iš dalies sutampančių pažiūrų esant klaidai dėl aplinkybių, pašalinančių baudžiamąją atsakomybę, numato skirtingus tokios situacijos sprendimo būdus.

aa) Klaidingas manymas, kad egzistuoja konkrečios pripažintos aplinkybių, šalinančių baudžiamąją atsakomybę, prielaidos iš dalies skirtingai pagrindžiant ir formuluojant (išsamiau žr. Nr. 471 ir toliau), pagal teisinius padarinius yra prilyginamas tikrai klaidai dėl veikos sudėties. Taip teigiant dažniausiai manoma, kad pagal §16 I 1 kaltinimas dėl tyčios išnyksta, panaikindamas ir galimybę bausti už tyčinę veiką. Jei klaida įvyksta dėl neatsargumo, tai kaltininkas turi būti baudžiamas už neatsargios veikos įvykdymą, jei konkrečiu atveju už neatsargios veikos padarymą yra numatyta bausmė (§16 I 2).

Tačiau teismų praktika numato tam tikrų apribojimų tokių aplinkybių, šalinančių baudžiamąją atsakomybę, atvejais, reikalaudama „tikrinimo iš pareigos" požymio (BGHSt 3, 7; 14, 48; kritiką žr. Nr. 309).

bb) Klaidos dėl pripažintų aplinkybių, šalinančių baudžiamąją atsakomybę, teisinių ribų arba klaidos dėl teisėtvarkoje nepripažintos leidžiamosios nuostatos taikymo, atvejais turi būti vadovaujamasi klaidos dėl draudimo taisyklėmis.

Išsamiau apie šiuo metu vyraujančią nuomonę žr. BGHSt 3, 105 ir 194; BGH NStZ 83, 500; OLG Hamm NJW 87, 1034; OLG Karlsruhe NStZ 82, 123; D-*Tröndle*, §16, Nr. 26, 27; *Gallas*, Bockelmann-Festschr., S. 155, 168; *Jescheck*, AT §41 III, *Lackner*, §17, Nr. 10 ir toliau.

Reformuojant baudžiamąją teisę iš pradžių norėta numatyti, kad esant klaidai dėl aplinkybių, šalinančių baudžiamąją atsakomybę, reikėtų vadovautis „ribota" kaltės teorija. 1962 m. projekto §20 tai buvo formuluojama taip: „Tas, kuris, darydamas veiką, klaidingai mano, jog egzistuoja veiką pateisinančių (atsakomybę pašalinančių) aplinkybių, negali būti baudžiamas už tyčinį veikos įvykdymą. Jis gali būti baudžiamas už neatsargios veikos įvykdymą, jei suklysta dėl jo paties kaltės ir įstatyme yra nustatyta bausmė už neatsargų elgesį." Tačiau Bundestagas šios nuostatos įstatymu neįtvirtino, norėdamas ir toliau palikti teismų praktikai ir mokslui spręsti šį klausimą.

II. Klaida dėl draudžiamosios normos

468 Klaidos dėl teisinio draudimo esama tada, kai kaltininkas nežino apie tiesiogiai jo veiką draudžiančią normą ar mano, kad ta norma negalioja, ar dėl neteisingo normos išsiaiškinimo klaidingai suvokia šios normos taikymo ribas ir todėl mano, kad jo elgesys yra teisiškai leistinas (= tiesioginė klaida dėl draudimo).

Pavyzdys. Lytiškai santykiaujama su psichiškai nesveika moterimi žinant apie jos būklę, bet nežinant apie teisinį draudimą (§179). Vogtas daiktas priimamas kaip dovana žinant, iš kur jis, bet manant, kad yra draudžiama tik tokius daiktus „supirkti" (žr. §259 I; *Wessels*, BT/2, Nr. 786 ir toliau). Klaida dėl draudimo §17 prasme yra ne tik pozityvus įsivaizdavimas, kad veika yra leidžiama, bet ir neteisingo įsivaizdavimo nulemtas neteisėtumo nesuvokimas (plg. *Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik, S. 81).

Smulkiau apie viską: *Horn*, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, Berlin, 1969; *Neumann*, Der Verbotsirrtum, JuS 93, 793; *Rudolphi*, Unrechtsbewuātsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, Berlin 1970; *H.W.Schünemann*, Verbotsirrtum und faktische Verbotsunkenntnis, NJW 80, 735.

III. Klaida dėl aplinkybių, šalinančių baudžiamąją atsakomybę

469 Jeigu kaltininkas, visiškai suvokdamas veikos sudėtį, manė, kad egzistuoja aplinkybė, šalinanti baudžiamąją atsakomybę, tai esant tokiai situacijai yra būtina „klaidą dėl leidžiančios veikos sudėties" skirti nuo paprastos „klaidos dėl leidimo".

470 1. Klaida dėl leidžiančios veikos sudėties – tai klaida dėl konkrečios pripažintos aplinkybės, šalinančios baudžiamąją atsakomybę, sąlygų. Ši klaida padaroma tuomet, kai kaltininkas klaidingai mano, jog egzistuoja aplinkybės, kurios iš tikrųjų egzistuodamos pateisintų veiką.

Skirti „klaidą dėl leidžiančios veikos sudėties" ir „klaidą dėl leidimo" kartais galima įvairiais atvejais; kolizijos atvejais kilus abejonei, turi būti manoma, kad yra klaida dėl leidžiančios veikos sudėties (*Engisch*, ZStW 70, 566, 583; *Dreher*, Heinitz-Festschr., S. 207). Tariamosios būtinosios ginties atveju klaidos dėl leidžiančios veikos sudėties buvimo galimybė neapsiriboja tik tuo, kad kaltininkas, pvz., klaidingai mano esąs užpultas. Klaidingo manymo, kad egzistuoja pateisinančios veiką aplinkybės, esama ir tuomet, kai klaidingai suvokiamas tikro ar tariamo užpuolimo pobūdis ir stiprumas bei intensyviau ginamasi nei „būtina" (plg. BGH NStZ 87, 20; 88, 269), arba kai dėl konkrečių aplinkybių (t.y. ne visai abstrakčiai) teisėtas užpuolimas laikomas priešingu teisei. Tai rodo, kad klaida dėl leidžiančios veikos sudėties jokiu būdu nėra identiška „klaidai dėl faktų", ir kad norminiai nuo atsakomybės atleidimo elementai gali apimti ir vertinimo klaidas (išsamiau žr. *Herzberg*, JZ 93, 1017, 1020; *Schlüchter*, Irrtum, S. 175, 179).

471 Vyraujančios nuomonės nuostatos teoriniu aspektu suteikia daug galimybių pagrįsti savarankišką klaidos dėl leidžiančios veikos sudėties prigimtį. Teismų praktika,

visa tai lygindama vertinamuoju aspektu, atsižvelgia ir į §16 I 1 ir vadovaujasi tuo, kad klaidingas manymas, jog yra baudžiamąją atsakomybę šalinanti situacija, pašalina bausmės už tyčinę veiką galimybę. Tačiau tam tikrais atvejais, atsižvelgiant į aplinkybes, pagal teismų praktiką gali būti reiškiamas kaltinimas neatsargios veikos padarymu. Teisės mokslas dažniausiai tam pritaria, ir prie dar vyraujančio požiūrio turėtų būti priskiriamos visos mokslinės nuomonės, kurios (kitaip negu tyčios teorija) neteisėtumo suvokime įžvelgia kitokį negu tyčioje kaltės elementą, ir klaidos dėl leidžiančios veikos sudėties padarymo atvejais (kitaip nei griežta kaltės teorija) nesiremia §17, o orientuojasi į §16 I nustatytas taisykles.

472 Vyraujanti nuomonė neturi vienos nuostatos. Ar §16 I tiesiogiai apima visus minėtus atvejus (kaip negatyvius veikos sudėties požymius apimantis mokymas apie veikos sudėties sąvoką), ar šiuo klausimu §16 I 1 nėra tyčios neteisėtumo (personalaus neteisėtumo mokymu paremtas, „tyčinės veikos poelgio žalingumą“ nuneigiantis ribotos kaltės teorijos variantas), ar klaidinga manyti, jog egzistuoja aplinkybės, pašalinančios baudžiamąją atsakomybę. Analogiškai §16 I 1 tik pašalina kaltinimo dėl tyčinės veikos padarymo ir bausmės už tyčinę veiką galimybę, taigi šiuo atveju teisiniai padariniai turėtų prilygti klaidai dėl veikos sudėties (teisinius padarinius aprašantis ribotos kaltės teorijos variantas). Terminijos aspektas: būtina atsižvelgti į tai, kad abi pastarosios pažiūros dar neturi „savo pavadinimo“. Kai kurie su „ribotos kaltės teorija“ sieja tik antrąją minėtų nuomonių grupę, kai paskutinis paminėtas mokymas vadinamas „teisinius padarinius nukreipiančia ir ribojančia kaltės teorija“ (kritiką žr. *Grünwald*, Noll-Gedschr., S. 183). Plačiau apie įvairias nuomones dėl klaidos esant leidžiančiai veikos sudėčiai žr. *Paeffgen*, Gedschr. für Armin Kaufmann, S. 399; *Frisch*, Irrtum, S. 217 ir toliau.

Pagal išvadų, kurias teorijos laiko teisingomis, pagrindimą šios teorijos viena nuo kitos skiriasi.

473 a) Teorija apie negatyvius veikos sudėties požymius baudžiamąją atsakomybę šalinančiuose pagrinduose įžvelgia „bendrosios neteisėtumo veikos sudėties“ sudedamųjų dalių, o atskirose baudžiamąją atsakomybę šalinančiose prielaidose – „negatyvių veikos sudėties požymių“, kurių nebuvimas yra svarbus kalbant apie veikos sudėties, numatytos įstatyme, realizavimą. Pagal šį mokymą tyčiai (be visų įstatyme aprašytos veikos sudėties pozityvių aplinkybių suvokimo) turi priklausyti ir įsivaizdavimas, kad nėra negatyvių veikos sudėties požymių ar bent jau „įsivaizdavimo apie negatyvių veikos aplinkybių egzistavimo nebuvimą“. Ši teorija leidžia tiesiogiai taikyti §16 I 1 tais atvejais, kai klaidingai manoma, jog egzistuoja baudžiamąją atsakomybę šalinančios veikos aplinkybės, darant išvadą, kad „tyčios“ nesama (iš esmės tai pagrindžia *Arthur Kaufmann*, JZ 54, 653; 56, 353, 393; Lackner-Festschr., S. 185; panašiai mano *Kindhäuser*, Gefährdung, S. 111; *Samson*, Strafrecht I, S. 122 ir toliau).

474 Mokyme apie negatyvius veikos sudėties požymius galima įžvelgti anksčiau aptartus prieštaravimus (žr. Nr. 124, 126). Be to, ši teorija per toli nueina dėl leidžiančios veikos sudėties, suteikdama „tyčią pašalinančią“ prasmę ir dėl neteisėtumo veikos sudėties. Turint omenyje nesavarankišką kurstymo ir padėjimo padaryti nusikalstamą veiką prigimtį, tai sukelia abejotinų padarinių nesąžiningą bendrininką patraukiant baudžiamojon atsa-

komybėn (išsamiau kritiką žr. *Dreher*, Heinitz-Festschr., S. 207, 217; MDR 62, 592; *Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik, S. 47; LK-*Hirsch*, Nr. 8, prieš §32). Patraukimo baudžiamojon atsakomybėn spragų galima būtų išvengti, jei nesąžiningą bendrininką, kaip netiesioginį vykdytoją, visuomet būtų galima traukti atsakomybėn (tačiau tai yra neįmanoma teoriniu požiūriu); (plg. Nr. 537 ir toliau) arba jei §26, 27 ribose būtų taikoma kita (= siauresnė) tyčios sąvoka, negu §16 I ribose (SK-*Rudolphi*, §16, Nr. 13), tačiau ir tai negali patenkinti. Pirmenybė teiktina nuomonei, kad klaida dėl leidžiančios veikos sudėties nepaliečia pačios „veikos sudėties tyčios", nes klaidingas manymas, jog egzistuoja baudžiamąją atsakomybę šalinančios veikos aplinkybės, nieko nepakeičia – kaltininkas vis tiek sąmoningai ir valingai realizuoja įstatyme numatytą veikos sudėtį. Tokiomis nuostatomis akivaizdžiai remiasi įstatymo apie žalos atlyginimą smurtinių nusikaltimų aukoms §1 I 1985-01-07 redakcija (BGBl I 2), kurioje esama „tyčinio, priešingo teisei, veikimu įvykdyto užpuolimo", kuris neišnyksta vien dėl to, kad užpuolėjas veikė „klaidingai įsivaizduodamas, jog egzistuoja baudžiamąją atsakomybę šalinančių aplinkybių prielaidos".

475 Šventiniame leidinyje, skirtame Karlui Lakneriui (*Arthur Kaufmann*, S. 185, 188), teoriją apie negatyvius veikos sudėties požymius gina pasinaudodamas teze, jog atribojant klaidą dėl veikos sudėties nuo klaidos dėl draudimo taip pat būtina skirti „neteisėtumo suvokimą" ir „priešingumo teisei suvokimą. §17 susijęs tik su pastarąja teorija, kuri netiesos suvokimą priskiria tyčiai ir apima ir įsivaizdavimą, kad bus pažeistas ar bus padaryta žala teisiniam gėriui. Su tuo negalima sutikti. Neteisėtumo ir priešingumo teisei suvokimas yra tik du skirtingi tos pačios traukimo baudžiamojon atsakomybėn prielaidos aspektai (plg. Nr. 281); be to, §17 aiškiai kalbama apie tai, kad neteisėtumo negalima matyti. Jo suvokimas nėra identiškas ir įsivaizdavimui, kad bus pažeistas ar padaryta žala svetimam teisiniam gėriui. Pvz., asmuo, kumščio smūgiais apsigynęs nuo plėšimo, nesuvokia neteisėtumo, nors ir žino, kad pažeidė užpuolėjo kūno neliečiamybę, nes jis teisingai mano, kad teisėtvarka būtinosios ginties pavidalu taip elgtis leidžia.

476 b) Pagal ribotą kaltės teoriją klaidos dėl leidžiančios sudėties atveju lieka erdvės tik §16 I taikyti pagal analogiją. Pirmame šios teorijos variante daroma išvada dėl tokios analogijos, kuri ne visai vienodai formuluodama atitinkamas nuostatas, nuneigia tyčinės veikos tyčią, tyčios neteisėtumą ar poelgio žalingumą (plg. AK-*Zielinski*, Nr. 55, §15, 16; *Herzberg*, JA 89, 243, 294 ir Festsch. für Stree/Wessels, S. 203; *Kuhlen*, Irrtum, S. 330; *Puppe*, Festschr. für Stree/Wessels, S. 183, 201; *Roxin*, AT, Nr. 62, 68; Scheffler, Jura 93, 617; *Sch-Sch-Cramer*, §16, Nr. 18; *Schroth*, Festschr. für Arthur Kaufmann, S. 595; SK-*Rudolphi*, §16, Nr. 12; apibendrinimus žr. *Frisch*, Irrtum, S. 217, 245 ir toliau).

Ši pozicija grindžiama tuo, kad veikos sudėties požymiai ir baudžiamąją atsakomybę šalinantys pagrindai neteisėtumo prielaidų požiūriu kokybiškai nesiskiria. Todėl klaida dėl leidžiančios veikos sudėties turi turėti tokius pat padarinius, kaip ir klaida dėl veikos sudėties §16 I 1 prasme. Paprastai tyčia pagrįstas poelgio žalingumas išnyksta, kai kaltininkas elgiasi manydamas, jog jis yra baudžiamąją atsakomybę šalinančioje (pateisinančioje) situacijoje. Ar taip nuneigiant tyčinį neteisėtumą išnyksta ir bausmės už bendrininkavimą (§26, 27 prasme) pagrindas, vieningos nuomonės nėra (nuomonei pritaria *Sch-Sch-Cramer*, Nr. 32, prieš §25; *Herzberg*, JA 89, 294, 299; neigia SK-*Rudolphi*, §16, Nr. 12, 13 teigdamas, kad „tyčios paneigimas netaikomas veikos sudėties, už kurią gresia bausmė, realizavimo valiai", o to pakanka §26, 27 taikyti; prie tų pačių išvadų prieina *Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987, S. 171).

477 Šis ribotos kaltės teorijos variantas, kuriame klaidos dėl leidžiančios veikos sudėties atveju paneigiama ne tyčinė kaltė, o jau neteisėtumo tyčia, kelia abejonių, išsakytų anksčiau, kalbant apie negatyvius veikos sudėties požymius. Be to, šiame variante dingsta esminiai atsakomybę šalinančios realios ir tariamos situacijos skirtumai, joms abiem pripažįstama „neteisėtumą šalinanti" reikšmė. Be to, atrodo abejotina, ar klaidingas manymas, jog egzistuoja atsakomybę šalinančios veikos aplinkybės, gali visiškai panaikinti, o ne paprasčiausiai tik sumažinti poelgio, kuriuo tyčia pažeidžiamas teisinis gėris, žalingumo (plg. *Paeffgen*, Gedschr. für Armin Kaufmann, S. 399, 405) kritika.

478 c) Teisiniais padariniais besiremiančiame ribotos kaltės teorijos variante siekiama kompromiso, kuriame dėl kaltės ir bausmės daromos panašios išvados kaip ir abiejose anksčiau minėtose mokslinėse nuomonėse, tik tai yra kitaip pagrindžiama: klaidingas manymas, kad baudžiamąją atsakomybę šalinančios situacijos nepakeičia veikos sudėties tyčios kaip elgesio formos, o tik pašalina tyčinę kaltę ir bausmės už tyčinę veiką galimybę. Taip klaida dėl leidžiančios veikos sudėties prilyginama §16 I 1 reglamentuotai veikos sudėties klaidai tik pagal savo teisinius padarinius. Jeigu klaidingas kaltininko įsivaizdavimas remiasi pareigos rūpintis trūkumais, tai pagal analogiją su §16 I 2 gali būti baudžiama už neatsargiai padarytą veiką, įstatyme esant numatytai atitinkamai neatsargumo veikos sudėčiai (apie neatsargumo patikrinimą tokiais atvejais žr. Nr. 877).

479 Nuomonių ginče šiai padariniais besiremiančiai (= teisinius padarinius apribojančiai) teorijai dėl jau išsakytų ir dar vėliau aptariamų priežasčių turi būti teikiama pirmenybė. Taip mano *Blei*, AT §59 II 3; D-*Tröndle*, §16, Nr. 26, 27; *Ebert*, AT, S. 140; *Gallas*, Bockelmann-Festschr., S. 155, 170; *Jescheck*, AT §41 III 2 d, *Lackner*, §17, Nr. 15; LK-*Spendel*, §32, Nr. 342, 343; *Maurach-Zipf*, AT §37, Nr. 19 ir toliau, 43; *Schlüchter*, Irrtum, S 172. Aiški nuomonė išreikšta taip pat BGH MDR 79, 985; *Holtzas* teigia, kad klaidos dėl leidžiančios veikos sudėties atveju išnyksta kaltinimas tyčiniu elgesiu; taip pat teigiama BGHSt 31, 264, 286, pasak kurios tokia klaida turi būti vertinama (tik) kaip klaida §16 I 1 prasme, ir ji (tik) pašalina bausmės už tyčinę veiką galimybę. Naudojantis kitais atvejais, Federaliniam teismui būdingu kalbos stiliumi galima pasakyti, kad klaidingai manant, jog egzistuoja baudžiamąją atsakomybę šalinančios veikos aplinkybės, išnyksta ne „natūrali tyčia" (= veikos sudėties tyčia kaip elgesio forma), o tik tyčia kaip kaltės forma (plg. Nr. 147). Vienareikšmį vertinimą žr. OLG Hamm NJW 87, 1034.

480 d) Diskusija teisės moksle apie klaidos dėl leidžiančios veikos sudėties teisinius padarinius tebesitęsia. Tai rodo skirtingos nuomonės, kuriose bandoma pateikti savarankišką šių klausimų sprendimą.

Jakobsas tais atvejais, kai yra nustatyta bausmė už neatsargiai padarytą veiką ir kai klaidos buvo galima išvengti, siūlė teisti kaip už tyčinę veiką, tačiau bausmę už tokią tyčinę veiką sumažinti atsižvelgiant į sankciją, numatytą už neatsargios veikos sudėties realizavimą; šį sprendimo variantą jis vadina „nesavarankiška", t.y. nuo bausmės už neatsargią veiką priklausančia kaltės teorija (AT 11/43 – 11/58). Kitas pasiūlymas – remiantis §17 2 nuostata bausti už tyčinę veiką, tačiau bausmę visuomet švelninti pagal §49 II (*Paeffgen*, Irrtumslehre, S. 165 ir toliau; dabar to atsisakoma; žr. Gedschr. für Armin Kaufmann, S. 399, 411). *Krümmpelmannas* mano priešingai, kad tais atvejais, kai galima buvo išvengti klaidos dėl leidžiančios veikos sudėties, yra galimi tiek §16 O, tiek §17 nu-

matyti teisiniai padariniai; jis pasisako dėl bausmės už neatsargią veiką taikymą ir tada, kai įstatymas tokios bausmės specialiai nenumato (ZStW-Beiheft 1978, S. 40 ir toliau).

481 e) Tai, kokios išvados atsiranda iš teisiniais padariniais besiremiančios ribojamosios kaltės teorijos ir anksčiau minėto mokymo apie negatyvius veikos sudėties požymius sprendžiant bendrininkų atsakomybės klausimą, geriausiai parodo pavyzdys.

E žemės sklype auga aukštas medis, kurio lapus stiprus rudens vėjas neša į kaimynystėje esantį A sodą. A daug kartų prašė (į prašymus vis nereaguojantį) E leisti nupjauti medį už savo lėšas. Per vienas E atostogas, jam išvykus A nupjauna šį medį, susmulkina ir medieną tvarkingai sukrauna prie E atsargų. Šiam reikalui reikalingą motorinį pjūklą A paskolino jo pažįstamas B, žinodamas, kam pjūklo reikia. Ir jei B manė, kad E nepritars A poelgiui ir kad pastarasis savarankiškai ieško išeities, tai pats A buvo įsitikinęs, kad veikia pritariant E, kadangi prieš E išvyką A gavo E pasirašytą raštelį („Sutinku su Jūsų pasiūlymu; prašau, atlikite viską man nesant!") Iš tikrųjų šis laiškas buvo skirtas ne A, o vokas (ant kurio nebuvo adreso) į jo pašto dėžutę pateko tik dėl to, kad asmuo, turėjęs pristatyti laišką, suklydo. Sugrįžęs E pasibaisėjo pamatęs, kas įvyko.

482 Vyraujančios nuomonės požiūriu, A tyčia realizavo daikto sugadinimo sudėtį (§303 I). Jis suvokė, kad sugadina svetimą daiktą, ir to siekė. Veika yra priešinga teisei dar ir dėl to, kad nėra jokio baudžiamąją atsakomybę šalinančio pagrindo; E pritarimo objektyviai nebuvo. Tačiau pagal §16 I 1 analogiją kaltinti A tyčinės veikos padarymu ir jį bausti už tyčinį daikto sugadinimą galimybės nėra, nes A manė, jog yra gavęs veiksmingą E pritarimą, vadinasi, manė, kad egzistuoja aplinkybės, kurios iš tikrųjų egzistuodamos konkrečią veiką pateisintų (= klaida dėl leidžiančios veikos sudėties). §16 I 2 šiuo atveju negali būti taikomas, kadangi už neatsargų daikto sugadinimą bausmė nėra numatyta. Todėl A negali būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn. Tačiau jo klaidingas įsitikinimas nepašalina „tyčia padarytos pagrindinės veiklos – pasipriešinimo teisei" §27, 303 prasme buvimo, todėl piktavališkai veikęs B, atsižvelgiant į jo kaltės laipsnį, turi būti baudžiamas už padėjimą sugadinant daiktą, jei E kreipsis su atitinkamu pareiškimu (§303 c).

483 Remiantis teorija apie negatyvius veikos sudėties požymius, A liktų (jau) nebaudžiamas todėl, kad jis bendrojo neteisėtumo daikto sugadinimo veikos sudėtį (§303 su atsakomybę šalinančiais pagrindais) realizavo. Klaidingas manymas, kad E pritarė medžio pašalinimui, pagal šį mokymą tiesiogiai taikant §16 I 1, pašalina „tyčią". Bausti B padėjus sugadinti daiktą taip pat negalima, nes nėra „tyčia" įvykdytos pagrindinės veikos §27 prasme. B, kaip netiesioginio vykdytojo, nubausti už daikto sugadinimą (§303, 25 I antra alternatyva) taip pat nebūtų galima, nes jis neturėjo būtinos, veiką valdančios valios. B norėjo tik paremti jam svetimą veiką, nes jis manė, jog A veiks piktavališkai ir tikėjosi, jog pagrindinis vykdytojas A tyčia įvykdys veiką, numatytą §303. Taigi logiškas ir nuoseklus teorijos apie negatyvius veikos sudėties požymius taikymas atsakomybės už bendrininkavimą srityje palieka traukimo baudžiamojon atsakomybėn spragų, todėl šios teorijos rezultatai negali patenkinti (tiesa, būtina pabrėžti, kad tokių atvejų praktikoje pasitaiko retai).

484 f) Teisiniais padariniais besiremiančią ribotos kaltės teoriją teigiamai apibūdina su ja susiję praktiniai rezultatai ir šią teoriją grindžiančių argumentų įtikimumas. Klaidos dėl leidžiančios veikos sudėties savarankiška prigimtis, lyginant šią klaidą su „tikra klaida dėl veikos sudėties", remiasi būtent tuo, kad tik šiuo atveju pasireiškia įstatyme numatytos veikos sudėties įspėjamoji funkcija, parodanti kaltininkui, kad jis peržengia ribą tarp to, kas yra leidžiama, ir to, kas iš pagrindų draudžiama.

Asmuo, žinantis, kad savo elgesiu realizuoja neteisėtumo veikos sudėtį, ypač kėsinantis į trečiąjį asmenį, privalo tikrinti, ar jo veiką pateisina speciali leidžiančioji nuostata. Tas, kuris tokiu atveju suklysta, nors to ir galėjo išvengti, esant pagrindui manyti apie baudžiamąją atsakomybę šalinančių aplinkybių konkrečias prielaidas, gali būti kaltinamas buvęs nepakankamai atidus ir aplaidžiai nusiteikęs – įstatymo reikalavimų rūpintis teise atžvilgiu, bet ne dėl teisei priešingų pažiūrų, nes, darydamas veiką, jis iš esmės vadovaujasi tomis pačiomis vertybėmis kaip ir įstatymų leidėjas. Jeigu iš tikrųjų egzistuotų tie leidžiamosios veikos sudėties požymiai, kuriuos jis manė esant, tai jo veika būtų pateisinama ir nepriešinga teisei. Tokioje situacijoje veikos sudėties tyčia nereiškia, kad kaltininkas yra nusiteikęs prieš teisėtvarką kaip atitinkamą vertybę, o toks nusiteikimas yra būtina prielaida tyčinės kaltės, kaip sunkiausios kaltės formos, rūšiai (plg. Nr. 142 ir toliau, 425). Taip iš esmės mano ir Federalinis teismas, nors ir daro nesuprantamą pastabą, jog klystantysis dėl leidžiančios veikos sudėties yra „ištikimas teisei" (BGHSt 3, 105, 107). Bet jeigu kaltininkui, padariusiam klaidą, kurios galima buvo išvengti, gali būti pareikštas kaltinimas, savo pobūdžiu prilygstantis kaltinimui neatsargios veikos padarymu (kritiką žr. Paeffgen, Gedschr. Armin Kaufmann, S. 399, 411), tai būtų teisinga klaidą dėl leidžiančios veikos sudėties pagal teisinius padarinius prilyginti tikrai klaidai dėl veikos sudėties.

485 Klaida dėl leidžiančios veikos sudėties yra susijusi ne tik su veikos priešingumu teisei, bet ir su nuolat klaidingu veikos teisiškai ir socialiai svarbaus turinio įsivaizdavimu. Tuo ji skiriasi nuo klaidos dėl leidimo. Pvz., asmuo, siekiąs apsiginti nuo tariamo užpuolimo ir, tyčia padarąs kūno sužalojimą, visai kitaip suvokia savo tokio poelgio prasminį turinį negu tas, kuris siekia sąmoningai žiauriai elgtis ar atkeršyti už seniai pasibaigusį ir „dabar negresiantį" užpuolimą. Pirmuoju atveju dėl to, kad asmuo mano esant baudžiamąją atsakomybę šalinančių pagrindų, veikos elgesio žalingumas labai sumažėja. Socialinės poelgio teorijos požiūriu, bausme už tyčinę veiką, kaip griežčiausia baudžiamąja sankcija, atsižvelgiant į kaltinimo aspektus, gali būti baudžiamas tik tas, kuris teisingai suprato teisiškai socialiai svarbų savo elgesio turinį, t.y. iki galo suvokė visas veikos aplinkybes, nuo kurių priklauso neteisėtumo įvertinimas.

Išvadą dėl anksčiau aptarto įvairiose teorijose esamo ginčo apie baudžiamojo teisės pažeidimo sandarą žr. Nr. 8977 ir toliau, *Eva Graul*, JuS-Lernbogen, 1992, L 49.

486 2. Paprastos klaidos dėl leidimo esama tuomet, kai kaltininkas nesuvokia jau pripažinto baudžiamąją atsakomybę šalinančio pagrindo teisinių ribų arba galvoja, jog egzistuoja baudžiamąją atsakomybę šalinantis pagrindas, kuris teisėtvarkos nėra pripažintas (= netiesioginė klaida dėl draudimo).

Taip esti tada, kai užpultasis būtinosios ginties atveju mano, kad jis gali naudoti bet kokią gynybos priemonę, kad jis gali sužeisti užpuoliką ir užpuolimui pasibaigus (plg. BGH GA 1969, 23; JZ 78, 762; NStZ 88, 269).

487 Klaidos dėl leidimo, kaip ir „netiesioginės klaidos dėl draudimo“, atveju turi būti taikomos §17 įtvirtintos taisyklės, taigi jei klaidos buvo galima išvengti, tyčinė kaltė neišnyksta. Kaltininko nusiteikimas teisėtvarkos atžvilgiu čia esti kitoks negu tada, kai klaidingai manoma, jog egzistuoja atsakomybę šalinančios veikos aplinkybės, nes asmuo, kuris klysta dėl leidimo, teisingai suvokdamas tikrąją padėtį, vadovaujasi tokia teisės ir neteisėtumo samprata, kuri prieštarauja atitinkamai įstatymų leidėjo sampratai, t.y. tas asmuo nesilaiko teisėtvarkos vertybinių principų (plg. BGH MDR 78, 108 pas *Holtz*). Asmuo, teisingai suvokiantis veikos situaciją ir socialiai prasmingą įvykio turinį, bet tuo pačiu metu klaidingai manantis, kad jo elgesys yra pateisinamas, privalo, jei klaidos galima išvengti, atsakyti už klaidingą sprendimą pasirenkant vertybes baudžiamosios teisės ribose. Iš kiekvieno sugebančio suprasti gali būti reikalaujama socialiai teisingų sprendimų (plg. *Jescheck*, AT §41 II 1 b). Aišku, tokiu atveju kaltė yra švelninama ir atitinkamai gali būti skiriama švelnesnė bausmė negu tyčinės veikos atveju.

488 Jei kaltininko kaltė susijusi su baudžiamąją atsakomybę šalinančiais norminio pobūdžio elementais, nuo kurių priklauso visos veikos vertinimas, pvz., esant būtinajam reikalingumui kaip baudžiamąją atsakomybę šalinančiai aplinkybei (§34 2 sakinys), vertinama, ar baudžiamoji veika, padaryta esant būtinajam reikalingumui, yra tinkama priemonė pavojui pašalinti, tai pagal anksčiau (Nr. 299) aptartas taisykles turi būti daromas toks skirtumas: jei klaida susijusi tik su vertinimo pagrindais, pvz., kai kaltininkas klaidingai mano, jog egzistuoja jo veikos teisėtumą pagrindžiančių aplinkybių, kurios iš tikrųjų egzistuodamos atitiktų visus §34 reikalavimus, tai tokia klaida dėl leidžiamos veikos sudėties ir turi būti vadovaujamasi §16 I 1. Jei klaida susijusi su pačiu vertinimu, pvz., kai kaltininkas, nepaisydamas teisingai suvokiamos tikrosios situacijos, dėl neteisingo bendro vertinimo klaidingai mano, kad veika yra „tinkama“ priemonė siekiant išvengti pavojaus, esama klaidos dėl leidimo, ir reikia vadovautis §17 (= klaida dėl atitinkamos baudžiamąją atsakomybę šalinančios aplinkybės ribų, plg. *Jescheck*, AT §41 III 2 d.; SK-*Rudolphi*, §16, Nr. 13 b).

3. Pradiniu atveju T klydo daug kartų.

489 a) A atveju ji klaidingai manė, kad egzistuoja tokia situacija, kai ji (vykdydama tėvų pareigą auklėti) yra įgaliota taikyti fizines bausmes (plg. BGHSt 12, 62, 67; *Maurach-Zipf*, AT §28, Nr. 29). Jos klaidingas įsivaizdavimas buvo susijęs tik su bausmės pagrindu.

Čia esama tyčinę kaltę šalinančios klaidos dėl leidžiamos veikos sudėties, tačiau šios klaidos buvo galima išvengti greitai išsiaiškinus faktinę situaciją. Todėl T pagal §16 analogiją yra kalta (tik) dėl neatsargaus kūno sužalojimo (§230, 232 = baudžiamosios teisės pažeidimas, už kurį persekiojama tik esant pareiškimui).

Pagal „griežtą“ kaltės teoriją T būtų kalta dėl tyčinio kūno sužalojimo, padaryto tokioje situacijoje, kai galima buvo išvengti klaidos dėl draudimo.

490 b) B atveju T, manydama, kad smūgis raktų ryšuliu yra leistinas, padarė dvigubą klaidą. Ji manė, jog esama pagrindo bausti (iš tikrųjų tokio pagrindo nebuvo) ir kartu nesuvokė baudimo teisės ribų.

Klausimas, kaip reikia elgtis „dvigubos" klaidos atveju, Federalinio teismo sprendime (BGHSt 3, 103, 107 (prašome būtinai perskaityti!) nėra pakankamai apsvarstytas. Teisingas pagrindimas turėtų būti toks: klaidos dėl leidžiamos veikos sudėties buvimas neturėtų būti pripažintas vien dėl to, kad T manė, jog egzistuoja pagrindas bausti, taigi egzistuoja vienas (vienintelis) atitinkamo baudžiamąją atsakomybę šalinančio pagrindo požymis.

Kadangi valstybėje egzistuojanti teisinė tvarka suponuoja tai, kad net ir tikrų prasižengimų atveju neleidžiama vaikui smogti raktų ryšuliu, todėl T šiuo atveju negali remtis ir klaidingu faktinės situacijos, kuri iš tikrųjų egzistuodama galėtų veiką pateisinti suvokimu (plg. BGH NStZ 87, 322 apie panašų atvejį būtinosios ginties situacijoje).

Asmuo, kuris esant tikram ar tariamam bausmės pagrindui, kitaip negu esanti teisinė tvarka leidžia, sprendžia apie teisines teisės bausti ribas, padaro paprastąją klaidą dėl leidimo.

Būtų neteisinga sakyti, kad T suklydo dėl leidžiančios veikos sudėties ir dėl leidimo, kadangi būtų tik klaida dėl leidimo, nes pagal esamą teisinę tvarką nepripažįstama teisė bausti, kuri leistų bausti nesaikingai (plg. *Arthur Kaufmann*, Schuld und Strafe, S. 96; BGH NJW 78, 1206 – apie klaidingą gydytojo įsivaizdavimą, jog yra pritariama, kad būtų išrautas dantis, nors tai nėra būtina; apskritai apie dvigubą klaidą žr. *Haft*, JuS 80, 430, 588, 659).

Kadangi B atveju klaidos dėl leidimo, kuriai taikytinos klaidos dėl draudimo taisyklės, buvo galima išvengti, todėl T yra kalta padariusi pavojingą kūno sužalojimą (§223, 223 a, 172 sakinys).

Pagal griežtą kaltės teoriją turėtų būti daromos tokios pat išvados.

IV. Klaida dėl kaltę paneigiančių pagrindų

491 Klaida dėl tariamo kaltę paneigiančio pagrindo buvimo ar jo teisinių ribų pagal bendrą nuomonę jokios reikšmės neturi, nes tik remiantis teisėtvarka galima spręsti, kada galima atsisakyti pareikšti kaltinimą. Yra sutariama ir dėl to, kad esant pripažintam kaltę paneigiančiam pagrindui, neišvengiama klaida paneigia kaltininko kaltę, nes jo psichinė būsena yra visiškai vienoda ir tada, kai atitinkamas pavojus egzistuoja iš tikrųjų, ir tada, kai tas pavojus, pvz., tariamojo būtinojo reikalingumo atveju, kaltininko yra tik įsivaizduojamas; motyvų įtaka abiem atvejais yra vienodai didelė (RGSt 64, 30; BGHSt 5, 371). Ir priešingai, buvo labai ilgai ginčijamasi dėl to, kaip reikėtų elgtis tuo atveju, jei klaidos dėl kaltę paneigiančių aplinkybių būtų įmanoma išvengti.

a) Pagal paplitusį požiūrį tokiu analogiškai senos redakcijos §59 atveju tyčinės kaltės turėtų nebūti ir būtų baudžiama tik už neatsargią veiką (vadinamasis neatsargus sprendimas: RGSt 64, 30; 66, 222; BGHSt 5, 371; 18, 311).

b) Priešingos nuomonės šalininkai tokiu atveju siūlo iš esmės taikyti tas pačias taisykles, kurios taikomos klaidos dėl draudimo atveju ir kaltininką, jei klaidos buvo įmanoma išvengti, bausti už tyčinės veikos padarymą, tačiau traukiant atsakomybėn bausmė galėtų būti švelninama; žr. *Jescheck*, AT §48 II 2; *Vogler*, GA 1969, 103; taip pat autorius AT, 3. Aufl., S. 76, 77).

Pastarosios nuomonės naudai galima pasakyti tai, kad klaidingas manymas, jog egzistuoja kaltę paneigiančių veikos aplinkybių, – tai savarankiško pobūdžio klaida, kuriai „neatsargus sprendimas" netinka vien todėl, kad kaltininkas, egzistuojant tam tikroms aplinkybėms, suvokia savo elgesio priešiškumą teisei, taigi žino darąs neteisybę. Į šią ypatybę geriausiai gali būti atsižvelgiama iš esmės taikant klaidos dėl draudimo taisykles. §35 II įstatymų leidėjas palaikė šią nuomonę kaltę paneigiančio būtinojo reikalingumo atveju, nurodydamas, kad bausmę „reikia" švelninti, jei klaidos buvo galima išvengti. §35 II turi būti atitinkamai taikomas kitų kaltę paneigiančių pagrindų atžvilgiu (*Baumann-Weber*, AT §29 I 4 d., LK-*Hirsch*, §35, Nr. 79; *Sch-Sch-Cramer*, §16, Nr. 31).

Apie klaidų teoriją baudžiamojoje teisėje žr. apibendrinamą apžvalgą su pavyzdžiais priede, Nr. 809 ir toliau.

§12. BAUSMĘ ŠALINANTYS IR NUO BAUSMĖS ATLEIDŽIANTYS PAGRINDAI ATSIŽVELGIANT Į KALTININKO ASMENYBĘ. KLAIDA DĖL BAUSMĘ ŠALINANČIŲ APLINKYBIŲ IR BAUDŽIAMOJO PERSEKIOJIMO PRIELAIDOS

492 Dvyliktasis atvejis. Mašinistas M savo žmonos F skalbinių spintoje surado slėptuvę, kurioje buvo didoka pinigų suma. Jis pasisavino 500 markių, kurias atidavė dėl apgaulės ieškomam B, kad padėtų šiam pabėgti į užsienį. M ir B nuo 1945 m., kaip karo našlaičiai, augo pas globėjus, kurie jiems buvo sakę, jog jie yra broliai. Iš tikrųjų tarp M ir B nėra jokio giminystės ryšio.

Kaip baudžiamosios teisės požiūriu vertintinas M elgesys?

1. Jei pasisavinti pinigai buvo F nuosavybė, bet M klaidingai manė, kad jie priklauso kaimynei N, kuri šiuos pinigus F davė pasaugoti?

2. Jei pinigai buvo kaimynės N nuosavybė, bet M manė, jog jie priklauso žmonai F ir yra ankstesnio laimėjimo loterijoje likučiai?

I. Baudžiamumo išimtys atsižvelgiant į kaltininko asmenybę

493 Baudžiamajai atsakomybei pagrįsti paprastai pakanka neteisėtumo ir kaltės. Tačiau būna išimtinių atvejų, kai elgesio baudžiamumas priklauso nuo papildomų prielaidų, pvz., nuo „objektyvių traukimo baudžiamojon atsakomybėn sąlygų" (plg. Nr. 148 ir toliau) arba nuo tokių tiktai su asmeniu susijusių pagrindų, kurie yra kitoje

neteisėtumo ir kaltės pusėje ir pagal specialias įstatyme nustatytas taisykles šalina bausmę arba atleidžia nuo bausmės. Atsižvelgiant į kaltininko asmenybę, tokias baudžiamumo išimtis lemia bausmę šalinantys pagrindai, kuriems bendra tai, jog jie taikomi tik tiems vykdytojams ar bendrininkams, kurie asmeniškai turi šiuos pagrindus (§28 II).

494 1. Bausmę šalinančiais pagrindais atsižvelgiant į kaltininko asmenybę vadinamos įstatyme įtvirtintos aplinkybės, kurių buvimas nuo pat pradžių lemia nebaudžiamumą, ir kurios privalo egzistuoti jau veiką darant. Tačiau šis pavadinimas konkrečiu atveju dar neparodo, koks yra atleidimo nuo bausmės pagrindas.

Iš dalies pagrindų, apie kuriuos čia kalbama, atsiradimą nulėmė kriminaliniai ir politiniai tikslingumo apmąstymai. Kitais atvejais įstatymų leidėjas, atsižvelgdamas į būtinąjį reikalingumą ir panašias konfliktines situacijas, leidosi paveikiamas nuomonės, jog reikia atsižvelgti į sumažėjusią veikos kaltę ir sukurti kaltę šalinančius pagrindus atsižvelgiant į kaltininko asmenybę (pvz., nusikaltimo slėpimo atvejis veikiant giminaičių naudai pagal §258 VI, kritiką žr. *Kratzsch*, JR 74, 186).

Bausmę šalinančiais pagrindais, atsižvelgiant į kaltininko asmenybę, yra laikomi deputatų imunitetas (§36), jaunas giminių pagal žemėjančią liniją ir brolių bei seserų amžius lytinio giminaičių santykiavimo atveju (§173 III), giminystė trukdant baudžiamosios atsakomybės realizavimui (§258 VI), ir tada, kai dalyvaujama padarant ankstesnę nusikalstamą veiką, bet slepiant šia veiką (§257 III) ir trukdant baudžiamosios atsakomybės už šią veiką realizavimui (§258).

495 2. Ir priešingai, atleidimo nuo bausmės pagrindai, atsižvelgiant į kaltininko asmenybę, – tai tokios aplinkybės, kurios atsiranda tik padarius baudžiamąją veiką ir, „veikdamos atgal“, panaikina jau pagrįstą baudžiamumą.

Tai pirmiausia savarankiškas atsisakymas nuo pasikėsinimo padaryti nusikaltimą (§24) ir atsisakymas nuo pasikėsinimo bendrininkauti nusikaltimo padaryme (§31), laiku klaidingų parodymų atitaisymas §163 II, taip pat „aktyvi atgaila“ baigus daryti tam tikrą baudžiamąjį teisės pažeidimą)plg. §98 II 2, 310, 311 e III, 300 b I 2). Yra ginčytina, ar prie šių pagrindų turi būti priskiriamas nebaudžiamumas esant §139 III 1, IV numatytiems pagrindams (išsamiau žr. Geilen, JuS 65, 426).

II. Bausmę ribojantys pagrindai ir baudžiamojo persekiojimo leistinumas

496 1. Atskirais atvejais teismas privalo tikrinti, ar, remiantis tam tikromis įstatyme numatytomis prielaidomis, nereikia atsisakyti skirti bausmę arba ar nereikia bausmę sušvelninti (pvz., §46 a, 83 a, 86 IV, 87 III, 98 II 1, 139 I, 157, 158, 311 e II, 316 a II, 323 V, 330 b I 1).

Be to, teismas atsisako skirti bausmę vadovaudamasis §60 tada, kai veikos padariniai pačiam kaltininkui yra tiek sunkūs, kad paskirta bausmė aiškiai nepasiektų rezultatų. Tai netaikoma, jei už veiką paskirta bausmė yra daugiau kaip vieneri metai laisvės atėmimo. Išsamiau žr. BGHSt 27, 298; *Müller-Dietz*, Festschr., S. 303; OLG Lange-Karlsruhe JZ 74, 77; su pastabomis – *Maiwald*.

Atsisakyti bausmės – atsisakyti bausti, remiantis būtinumo bausti paneigimu.

Atleidimas nuo bausmės pagal §199, 233 – tai ypatingas atvejis, kai „kompensacijos“ argumentu remiamasi atsižvelgiant į asmens, į kurį pirmiau buvo pasikėsinta, suprantamą didelio susijaudinimo būseną (išsamiau žr. *Küper*, JZ 68, 651).

Tai, ar atleidimas nuo bausmės, pasibaigus bandomajam laikotarpiui (§56 g), malonė ir amnestija yra vieni iš atleidimo nuo bausmės pagrindų, yra ginčytina. Abiem pastarosioms formoms dalis autorių pripažįsta tik procesinę reikšmę (plg. *Peters*, Stratprozeß, 4 Aufl. 1985, §79, 151; kita dalis kalba apie „dvigubą prigimtį“ – *Baumann-Weber*, AT, §30 III; *Jescheck*, AT, §52 II: kaip apie atleidimo nuo bausmės pagrindus ir kaip apie procesines kliūtis.

497 2. Procesinį pobūdį turi baudžiamojo persekiojimo prielaidos (pvz., pareiškimas dėl baudžiamojo persekiojimo – §77, įgaliojimas pagal §194 ir Bundestago sutikimas Konstitucijos 46 straipsnio 2 dalies atveju), taip pat ir baudžiamojo persekiojimo kliūtis (pvz., senatis, §78, eksteritorialumas, Teismų santvarkos įstatymo §18, 19 ir deputatų imunitetas, Konstitucijos 46 straipsnio 2 dalis, Ranft, ZRP 81, 271).

Tai, kokią reikšmę atskiros šios rūšies aplinkybės (ypač senatis) turi materialinei teisei, yra ginčytina (plg. BverfGE 25, 269; *Baumann-Weber*, AT, §30 III; *Peters*, ZStW 68, 374; *Volk*, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978, S. 225).

III. Klaida dėl bausmę šalinančių aplinkybių ir baudžiamojo persekiojimo prielaidos

498 1. Esama skirtingų nuomonių dėl to, ar klaida dėl bausmę šalinančių aplinkybių turi reikšmės, o jeigu turi, tai kokią:

a) Pagal vyraujančią nuomonę svarbi tik objektyvi situacija. Tai grindžiama tuo, kad bausmę šalinantys pagrindai, atsižvelgiant į kaltininko asmenybę, yra „kitoje neteisėtumo ir kaltės pusėje“, ir kaltininko tyčia jų neturi apimti. Reikšmę turi tik šių pagrindų objektyvus egzistavimas; todėl klaida čia neturi jokios reikšmės (plg. RGSt 61, 270; *Welzel*, Lb, S. 357).

b) Priešingos nuomonės autoriai nori (darydami skirtingas išvadas) atsižvelgti ir į kaltininko įsivaizdavimą, jei bausmę šalinančių pagrindų ribose tam tikrą reikšmę turi kaltę privilegijuojančios pažiūros (plg. *Horn*, MDR 71, 8; *Sch-Sch-Cramer*, §16, Nr. 34).

499 Atsižvelgiant į atskirų bausmę šalinančių pagrindų ypatybes ir labai skirtingas įstatymo leidėjo nuostatas dėl jų, šių pagrindų įtraukimo į BK klausimas turi būti sprendžiamas skirtingai. Remtis grynai objektyvia situacija visuomet galima tada, kai įstatymo taisyklės tarnauja vien tik, arba pirmiausia, valstybės politikos interesams, ar yra paremtos kriminaliniais ir politiniais tikslingumo svarstymais.

Pirmas variantas yra §36, antras – §173 III, 257 III (taip pat pastaruoju metu panaikintas nebaudžiamumas už vagystę iš sutuoktinio pagal senos redakcijos §247; plg. BGHSt 23, 281).

Ir priešingai, į kaltininko įsivaizdavimą turi būti atsižvelgiama, kai bausmę šalinantis pagrindas pirmiausiai remiasi panašia motyvacija, kuri yra būtinojo reikalingumo situacijoje, ir sumažėjusia veikos kalte.

500 Pradiniu atveju, atsižvelgiant į §258 VI, būtina patikrinti išsamiau: M sudarė galimybę B pabėgti į užsienį ir taip sąmoningai (ar bent jau žinodamas) realizavo veikos sudėtį, numatytą §258 I. Bausmės pašalinimo prielaidos pagal §258 VI objektyviai neegzistuoja, nes M ir B (pagal kraujo ryšį) nėra giminės, ir tarp jų nėra jokio „giminystės" ryšio §258 VI, 11 I Nr. 1 prasme (globos vaikų santykiai, kitaip negu šeimos įvaikintų vaikų santykiai, nepagrindžia „brolystės ar seserystės"). Tačiau kyla klausimas, ar klaidingas M įsitikinimas, kad B yra jo tikras brolis, negali reikšti M nebaudžiamumo.

Reicho aukščiausiasis teismas (RGSt 61, 270), taikydamas senos redakcijos §257, kuris atitinka dabartinės redakcijos §258 VI, laikėsi, jog svarbu vien tik objektyvi situacija – giminystės santykių egzistavimas iš tikrųjų. Tačiau šis sprendimas neįtikina, nes jis nepakankamai atsižvelgia į tai, kad §258 VI įtvirtinta taisyklė pagrįsta ne vien tik kriminaliniais ir T politiniais tikslingumo svarstymais, bet čia pirmiausia turimos omenyje kaltę sušvelninančios ir į būtinąjį reikalingumą panašios konfliktinės situacijos privilegija. Esant trukdymams realizuoti baudžiamąją atsakomybę, įstatymas gerbia natūralų artimų giminaičių solidarumo jausmą, tačiau be visa to, kaltininkui turi būti daroma nuolaida ir todėl, kad trukdymas realizuoti baudžiamąją atsakomybę dažnai esti „savigynos" būdas norint išvengti pačiam gresiančių ekonominio ir visuomeninio pobūdžio padarinių, kurių kaltininkui ar jo šeimai gali atsirasti dėl giminaičių baudžiamojo persekiojimo. Todėl neabejotina, kad šis bausmę šalinantis pagrindas, atsižvelgiant į kaltininko asmenybę, turi sąsajų ir su kalte bei yra artimas jau kaltę paneigiantiems pagrindams (plg. Bloy, JuS-Lembogen 1993, L 33; *Jescheck*, AT §42 II 1; *Roxin*, JuS 88, 425, 432; *Warda*, Jura 79, 286, 293). Asmuo, trukdęs tariamą giminaitį patraukti baudžiamojon atsakomybėn, patiria tokį pat dvasinį konfliktą, kaip ir tas asmuo, kuris padeda išvengti bausmės galutinai, laikinai ar iš dalies tikram giminaičiui. §258 VI prasme jis taip pat nusipelno tame paragrafe numatytų „nuolaidų", nes atrodo rekomenduotina bent jau neišvengiamai tokio pobūdžio klaidai pripažinti bausmę šalinantį poveikį.

501 Klaidos, kurios buvo galima išvengti, padarymo atveju kyla klausimas, ar atitinkamai turi būti taikoma §35 II ir, užuot atleidus nuo bausmės, bausmė turi būti švelninama (Preisedanz, StGB, §258 VIII 3). Kaip argumentas švelninti bausmę gali būti pateikiama ir tai, kad klaida dėl giminystės santykių yra galima ir būtinajame reikalingume. Pvz., kaltininkas mano, kad nukentėjusysis yra jo giminaitis (plg. *Sch-Sch-Lenckner*, §35, Nr. 42). Tai, žinoma, reikštų, kad suklydus dėl §258 VI, turi būti priimamas kitoks sprendimas negu klaidingo įsivaizdavimo, susijusio su §258 V, atveju, kai taip pat atsižvelgiama į panašią į būtinąjį reikalingumą situaciją, ir kai dėl subjektyvios įstatymo formuluotės (= nori nuslėpti...) nebaudžiamumas garantuojamas ir tada, kai kaltininkas, trukdydamas realizuoti baudžiamąją atsakomybę, nori užkirsti kelią tik tariamai gresiančiam pavojui. Tai, ar klaidos buvo galima

išvengti, ar ne, šiuo atveju jokios reikšmės neturi (*Sch-Sch-Stree*, §258, Nr. 35). Ir §258 VI atveju rekomenduojama atsižvelgti vien tik į kaltininko neišvengiamą padėtį ir į klaidą dėl giminystės, bet ne į tai, ar klaidingo įsivaizdavimo buvo, ar nebuvo galima išvengti (tą pačią nuomonę žr. *Sch-Sch-Stree*, §258, Nr. 39; *Warda*, Jura 79, 286, 292; kritiką žr. *Roxin*, AT §22, Nr. 137). Iš to išplaukia ir priešinga išvada, kad asmuo, nieko nežinantis apie objektyviai egzistuojančias §258 VI prielaidas, negali pasinaudoti šiuo bausmę šalinančiu pagrindu.

Dvyliktuoju atveju M manė, jog B yra jo brolis. Jis tikėjo, kad nuo baudžiamojo persekiojimo gelbsti giminaitį (§11 I Nr. 1a). Dėl šio suklydimo jis lieka nebaudžiamas už trukdymą realizuoti baudžiamąją atsakomybę (§258 I, VI).

Bavarijos aukštesnysis žemės teismas (BayObLG, NJW 83, 831), nurodydamas į CK §138, neigia sužadėtuves ir atsiradusius giminystės santykius §258 VI, 11 I Nr. 1 a prasme (nepaisant rimto pažado tuoktis) tarp asmenų, kurie tuo metu dar tebėra susituokę su kitu asmeniu. Sprendimo motyvuose (galbūt atsižvelgiant į RGSt 61, 270) nesvarstoma, ar kaltininko naudai gali būti atsižvelgiama į klaidingą įsivaizdavimą apie sužadėtuvių svarbą. Federalinis teismas (BGH NStZ 83, 564) apriboja konstatuodamas, kad sužadėtuvių BPK §52 I Nr. 1 prasme nesama, jei vienas iš partnerių dar yra susituokęs.

502 2. Kalbant apie procesinės teisės sričiai priklausančias baudžiamojo persekiojimo prielaidas ir baudžiamojo persekiojimo kliūtis, visuotinai pripažįstama, jog svarbi tik faktinė realybė, o ne kaltininko įsivaizdavimas apie šių prielaidų ar kliūčių buvimą ar nebuvimą. Vagystės iš šeimos ar namie atveju (§247), klaida dėl giminystės todėl yra nereikšminga, kad ši aplinkybė svarbi tik pareiškimui (kaip baudžiamojo persekiojimo prielaidai) paduoti (plg. BGHSt 18, 123).

Jei paimtos 500 markių buvo F nuosavybė (= 1 variantas), tai objektyviai buvo padaryta vagystė iš giminaičio (§242, 247). Net ir tuo atveju, jei M apie tai nieko nežinojo, jis gali būti persekiojamas už šią veiką tik gavus jo žmonos F pareiškimą.

Jei paimtos 500 markių buvo kaimynės N nuosavybė (= 2 variantas), tai gali būti taikomas tik §242. Klaidingas M manymas, jog esama §247 prielaidų, reikšmės neturi; baudžiamasis persekiojimas čia turi būti vykdomas vadovaujantis tarnybine pareiga (plg. BPK §160, 152 II).

§13. VYKDYMAS IR BENDRININKAVIMAS

503 Tryliktasis atvejis. Fabrikanto F įvaikintas A siekia kuo greičiau paveldėti įmonę ir tapti jos savininku. A bijodamas, kad F, nepatenkintas jo gyvenimo būdu, neatimtų iš jo paveldėjimo teisės, miško darbininkui W pažada gerai atlyginti, jei W užmuš dažnai miške medžiojantį F. W sutinka tai padaryti ir A įteikia jam šautuvą su šoviniais bei F nuotrauką, kurioje F nufotografuotas su įprasta medžioklės apranga. Artimiausią savaitgalį W prie F medžioklės trobelės tyko aukos. Iš pasalos W nušauna į medžioklę atvykusį svečią J, kuris buvo susitaręs su F ir kurį W prietemoje palaikė F. Supratęs savo klaidą ir paslėpęs lavoną, W palaukia, kol atvyks F, ir iš pasalos nušauna ir jį.

Už ką A ir W turi būti patraukiami baudžiamojon atsakomybėn?

I. Bendrininkavimo formos ir vykdytojo sąvoka

504 1. Vokietijos baudžiamojoje teisėje tuo atveju, kai padarant baudžiamąją veiką dalyvavo keli asmenys, skiriamas vykdymas ir bendrininkavimas. Vykdymo pasireiškimo formos yra šios: tiesioginis ir netiesioginis vykdymas (§25 I), bendrininkavimas (bendrakaltystė) (§25 II) ir įstatyme nereglamentuotas lygiagretus vykdymas. Bendrininkavimo formos yra tokios: kurstymas (§26) ir padėjimas (§27). Ši diferenciacija leidžia nustatyti kiekvieno kaltininko „įnašą" į veiką, priklausomai nuo dalykinės svarbos ir specialaus elgesio žalingumo.

505 Priešingas šiai dvigubai dalyvavimo nusikalstamos veikos daryme sistemai (= vykdymas ir bendrininkavimas) yra vadinamasis vieningo vykdytojo principas, pagal kurį kiekvienas, prisidėjęs įvykdant veiką, neatsižvelgiant į šio „įnašo" dalykinę svarbą, yra laikomas vykdytoju. Svarbiausias vieningo vykdymo kriterijus – vien tik priežastingumas; „įnašo" į veikos padarymą pobūdis ir reikšmė turi įtakos tik nustatant bausmę. Baudžiamajai teisei šis vieningo vykdymo principas, kaip ribojantis teisinius padarinius, dėl supaprastinimo nėra tinkamas, tačiau, siekdamas paprastumo, vieningo vykdymo sąvoką įstatymų leidėjas įtvirtino administracinių teisės pažeidimų kodekse (ATPK §14; plg. *Bloy*, Schmitt-Festschr., S. 33; *Kienapfel*, JuS 74, 1; *Maiwald*, Bockelmann-Festschr., S. 343; *Schumann*, Zum Einheitstätersystem des §14 OwiG, 1979; *Seier*, JA 90, 342, 382; *Welp*, VOR 72, 299).

Apie baudžiamąją atitinkamų institucijų atstovų atsakomybę, kai veikiama vietoj kito asmens, žr. BK §14 ir ATPK §9 (išsamiau žr. *Bruns*, GA 1982, 1; *Marxen*, JZ 88, 286; *Schünemann*, Jura 80, 354, 568).

506 Skirti vykdymą ir bendrininkavimą yra būtina tik tyčinių baudžiamųjų teisės pažeidimų padarymo atveju; esant neatsargiems baudžiamiesiems teisės pažeidimams, kurių struktūra yra kitokia, šis skirtumas neturi jokios reikšmės. Neatsargaus baudžiamojo teisės pažeidimo vykdytoju gali būti kiekvienas, kuris, pažeisdamas pareigas rūpintis, prisideda realizuojant veikos sudėtį (plg. Nr. 656 ir toliau), netikru neveikimu padarytų baudžiamųjų teisės pažeidimų atveju dar reikalaujama, kad asmuo atitinkamai veiktų §13 prasme (plg. OLG Schleswig NStZ 82, 116; OLG Stuttgart NJW 81, 182; *Jescheck*, AT §59 VII).

507 2. Vykdymo pagrindas – tai įstatyme numatyta veikos sudėtis (= su veikos sudėtimi susijusi vykdytojo sąvoka). BK Specialiosios dalies baudžiamosiose nuostatose kaip savaime suprantamas dalykas daroma prielaida, kad vykdymas atsiranda tiesiogiai iš veikos sudėties realizavimo. Asmuo, įvykdęs poelgį, už kurį gresia bausmė, ir asmeniškai realizavęs visus objektyviosios ir subjektyviosios neteisėtos veikos sudėties požymius, be abejonės yra „vykdytojas" (taip pat §25 I 1 alternatyva; BGHSt 38, 315; OLG Stuttgart JZ 77, 724; LK-*Roxin*, §25, Nr. 47).

508 Todėl pradiniu atveju (kaip įprasta) reikia pradėti nuo veikos sudėties realizavimo ir tikrinti, ar W yra kaltas dėl J ir F nužudymo; kaip nužudymo požymiai svarstytini „savanaudiškumas" ir „klasta" (§212, 211 II 1 ir 2 grupės).

a) Nužudymo baudžiamųjų teisės pažeidimų sistema yra ginčytina. Nėra įtikinanti teismų praktikoje (BGHSt 1, 368; 22, 375; 36, 231) išsakoma nuomonė, kad sunkus nužudymas

ir nužudymas yra nepriklausomi baudžiamieji teisės pažeidimai, turintys savo rūšies neteisėtumo turinį. Teisės moksle vyraujanti nuomonė daro teisingą išvadą, kad sunkus nužudymas yra sunkesnė nužudymo forma, kvalifikuotas jo atvejis §212 (išsamiau žr. *Küper*, JZ 91, 761, 862, 910; *Wessels*, BT/1 Nr. 61, 62). §211 yra įtvirtinti ne baudžiamąją atsakomybę pagrindžiantys, o tik ją sugriežtinantys požymiai (reikšminga §28, 29).

b) W, nušaudamas J, objektyviai ir subjektyviai „išpildo" pagrindinę §212 veikos sudėtį. Tai, kad W supainiojo J su F, W veikos sudėties tyčios nepašalina (plg. Nr. 247 ir toliau). W pripažinimą šios veikos vykdytoju lemia tai, kad jis savarankiškai realizavo pagrindinę §212 veikos sudėtį – pats padarė baudžiamąją veiką (§25 I 1 alternatyva).

c) Kadangi W veikė „savanaudiškai" ir „klastingai", todėl yra įvykdyta §211 II 1 ir 2 esančiais požymiais kvalifikuota veikos sudėtis: elgimasis dėl savanaudiškumo esti tuomet, kai, kaip ir W atveju, neatsižvelgiant į nieką siekiama neteisėtai pasipelnyti (šiuo atveju tikintis atlyginimo), ir dėl šio pelno siekimo sutinkama atimti gyvybę kitam žmogui (BGHst 29, 317). Klastingai veikia tas, kuris žudydamas sąmoningai pasinaudoja tuo, kad auka nieko nenujaučia ar negali priešintis (plg. BGHSt 22, 77; 28, 210; 30, 105; *Wessels*, BT/1, Nr. 95). Tai, kad J, kaip medžioklės svečias, buvo apsiginklavęs, negalėjimo priešintis nepašalina, nes veikos padarymo momentu jis nesitikėjo jokio priešiško užpuolimo, ir jo negalėjimo priešintis būseną kaip tik ir pagrindė tai, kad jis nieko nenujautė (plg. BGHSt 7, 218; 20, 301; BGH GA 1967, 244). Šią situaciją W išnaudojo J nužudyti. Tai, ar W yra kaltas ir dėl J „pasitikėjimo sulaužymo", yra nesvarbu. Klastingas veikimas, nors ir yra dažnai susijęs su turimo pasitikėjimo sulaužymu, tačiau kaltininko ir aukos pasitikėjimo santykis pagal vyraujančią nuomonę nėra būtinas klastingumo požymis (BGHSt 28, 210; *Wessels*, BT/1, Nr. 96).

d) Antrą nužudymą (§212, 211) W padarė po J nužudymo, kai nušovė dar ir F.

II. Vykdymo ir bendrininkavimo atribojimas

509 A paskatino W nuspręsti nužudyti F ir davė ginklą, bet darant veiką pats nedalyvavo. To, kad W be F nušaus dar ir J, A nei numatė, nei norėjo. Kyla klausimas, kokį poveikį tokio pobūdžio bendrininkavimas turi traukiant A baudžiamojon atsakomybėn ir ar A yra vykdytojas, ar tik bendrininkas tiesiogiai W padarytoje baudžiamojoje veikoje.

510 1. Kaip vykdytojas baudžiamas asmuo, pats įvykdęs baudžiamąją veiką (= tiesioginis vykdymas) arba tai padaręs per kitą asmenį (= netiesioginis vykdymas), §25 I. Jeigu keli asmenys baudžiamąją veiką įvykdo bendrai, tai kiekvienas iš jų yra baudžiamas kaip vykdytojas (= bendravykdytojis), §25 II. Bendrininkas yra tas, kuris tyčia sukursto kitą asmenį padaryti tyčinę priešingą teisei veiką (= kurstymas, §26) arba tas, kuris tyčia padeda padaryti tokią veiką (= padėjimas, §27). Taigi vykdymas yra tiesiogiai, netiesiogiai ar bendrai padarytas savo baudžiamosios veikos įvykdymas; bendrininkavimas – §26, 27 numatytas dalyvavimas kito asmens daromoje veikoje.

511 2. Sisteminiu požiūriu bendrininkavimo formų nagrinėjimas priklauso mokymui apie neteisėtos veikos sudėtį. Taip yra todėl, kad BK yra nustatytas veikos sudėties realizavimo ir vykdymo ryšys. Iš mokymo apie vykdymo susiejimą su veikos sudėties realizavimu išplaukia, kad vykdytojo sąvoka priklauso nuo atskiros baudžiamosios veikos sudėties specifikos.

512 Taip yra tam tikrų specialių baudžiamųjų teisės pažeidimų padarymo atveju (plg. Nr. 40), kai vykdytoju gali būti tik tas, kuris turi įstatyme numatytos veikos sudėties reikalaujamą subjekto kokybę (pvz., §203, 331 ir toliau gydytojas, advokatas, notaras, tarnautojas, teisėjas ir t.t.). Tai, ar sprendžiant vykdytojo klausimą turi reikšmės, o jei turi, tai kokios, kiti specialūs kriterijai – veikos sudėtyje nustatytas specifinės specialios pareigos pažeidimas, veikos realizavimas asmeniškai, veikos valdymas ar bendrininkų vidinis nusiteikimas veikos atžvilgiu – gali būti nustatyti pirmiausia atsižvelgiant į atskiros baudžiamosios veikos sudėties formuluotę ir struktūrą (išsamiau žr. *Blei*, AT §71 I; *Cramer*, Bockelmann-Festschr., S. 389; *Roxin*, JZ 66, 293).

513 Asmeninių baudžiamųjų teisės pažeidimų (plg. Nr. 41) atveju lemiamos reikšmės turi tai, kad veika įvykdoma asmeniškai. Asmuo, kuris realizuoja veikos sudėtį, negali būti vykdytojas, o tik bendrininkas (= kurstytojas ar padėjėjas). Išsamiau žr. LK-*Roxin*, §25, Nr. 40 ir toliau).

Parodymų davimo deliktui (§153, 154 prasme) šios veikos vykdytoju gali būti tik asmuo, duodantis parodymus, bet ne kitas bendrininkas, daręs įtaką melagingų parodymų davimui arba kitaip skatinęs asmenį duoti tokius parodymus. Pvz., tas, kuris, žinodamas tikrą situaciją, sumaniai suklaidina patiklų asmenį, jį paskatina duoti melagingus parodymus nepaisant geresnio žinojimo, negali būti netiesioginis vykdytojas, nes nėra prisiekęs duodant melagingus parodymus (§153), tačiau gali būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn pagal §160 (išsamiau žr. *Wessels*, BT/1, Nr. 761 ir toliau).

514 Vadinamuoju „pareigos deliktų" atveju, kurių veikos sudėtyje kalbama apie ypatingas pareigas (pareiga rūpintis turtu §266 arba asmens, turinčio pareigą veikti, padėtis netikruose neveikimu įvykdomuose baudžiamuosiuose teisės pažeidimuose), vykdytojo statusą lemia besielgiančiojo ar neveikiančiojo specialios pareigos nustatytos veikos sudėtyje pažeidimas.

Pareigos deliktais laikomi tarnybiniai ir specialūs neveikimu įvykdomi, pvz., neteisėtas pasišalinimas iš eismo įvykio vietos (§142), piktnaudžiavimas pasitikėjimu (§266), šeimos teisėje nustatytų pareigų išlaikyti, rūpintis ir globoti pažeidimas (§170 b, 170 d, 212 I 2-a alternatyva, 223 b (išsamiau žr. *Roxin*, Täterschaft, S. 352, 663; *Herzberg*, Täterschaft, S. 32 ir toliau, plg. BGH NJW 83, 462).

Jeigu, pvz., kadastro įsteigėjas pareigūnas G paskatina N, kuris nėra pareigūnas, kadastro knygoje įrašyti klaidingą įrašą, tai G turi būti baudžiamas ne kaip kurstytojas, o kaip netiesioginis tarnybinio suklastojimo (§348) vykdytojas. N, nebūdamas pareigūnu, neturi įstatyme reikalaujamos „vykdytojo kokybės"; jis, kaip vadinamasis „nekvalifikuotas nusikalstamos veikos padarymo įrankis", niekada negali būti vykdytojas (pagal §348), bet gali būti bendrininkas (čia padėjėjas) realizuojant šią baudžiamosios veikos sudėtį. Pareigos deliktų padarymo atveju pagrindinį veikos valdymo kriterijų pranoksta specialios pareigos pažeidimo kriterijus. Plg., LK-*Roxin*, §25, Nr. 37-39, 162; *Sch-Sch-Cramer*, Nr. 70-72 prieš §25.

Netikrų, neveikimu padaromų baudžiamųjų teisės pažeidimų (plg. Nr. 697) tinkamu vykdytoju pagal bendrą požiūrį gali būti tik asmuo, turintis pareigą veikti atitinkamu būdu, kuris neveikimu padaro baudžiamąjį teisės pažeidimą. Jeigu neveikiantysis yra asmuo, turintis pareigą veikti tam tikru būdu, tai vykdymo ir bendrininkavimo atribojimas konkrečiu atveju (pvz., kaip atsakyti į klausimą, ar galima padėti neveikimu, kai baudžiamasis teisės pažeidimas yra daromas aktyviais veiksmais, ir kai yra daromas neveikimu)

atliekamas vadovaujantis toliau aprašytomis bendromis taisyklėmis (vyraujanti nuomonė; plačiau žr. *Arzt*, JA 80, 553, 556 ir toliau; priešingą nuomonę žr. *Seier*, JA 90, 382 ir toliau; *Stratenwerth*, AT I, Nr.1076 ir toliau).

515 Bendrieji baudžiamieji teisės pažeidimai, kai veikos vykdytoju gali būti bet kas (plg. Nr. 39) – tai daug ginčų kelianti sritis. Ginčai kyla dėl tam tikrų bendrininkavimo formų atribojimo (pirmiausia – dėl netiesioginio vykdymo ir kurstymo santykių, taip pat bendro vykdymo ir padėjimo santykių).

516 3. Pagal ankstesnę formaliąją objektyviąją teoriją vykdytojas yra tas, kuris pats atlieka visą (ar dalinai) veikos sudėtį realizuojantį poelgį. Bendrininkas yra tas, kuris prie veikos sudėties realizavimo prisideda tik padėdamas paruošti ar paremdamas jos realizavimą.

Ši iki 1930 m. teisės moksle vyravusi teorija yra per siaura ir šiuo metu jos atsisakyta. Šios teorijos silpnumas yra tas, jog nesugebama paaiškinti netiesioginio vykdytojo teisinio statuso, be to, bendro veikos įvykdymo atveju užkulisiuose liekantis „gaujos vadas“ neapibrėžiamas kaip bendras vykdytojas.

517 4. Plačiai teismų praktikoje atstovaujama subjektyvi teorija vadovaujasi veikos dalyvių valios kryptingumu bei vidiniu teikimu. Vykdytojas yra tas, kuris elgiasi su vykdytojo valia (= *animus auctoris*) ir veika jam reikalinga kaip „nuosava“. Paprastas bendrininkas yra tas, kuris veikia turėdamas bendrininko valią (= *animus socii*) ir nori skatinti arba remti veiką „kaip svetimą“ (nuo RGSt 2, 160; 3, 181 įprasta teismų praktika).

Praktiškai taikant subjektyviąją teoriją, teismai lig šiol neturi vienos linijos. Šalia sprendimų, visiškai atmetančių subjektyvų atribojimą (taip BGHSt 19, 135 apie §216) arba jį priimančių tik esant griežtam objektyviam pagrindui (vadinamoji ribota subjektyvi teorija: RGSt 15, 295, 303; 71, 364; BGHSt 8, 393; panašią nuomonę žr. *Baumann*, JuS 63, 51; *Baumann-Weber*, AT §36 I 3 c), išimtiniais atvejais sprendimai buvo priimami remiantis „ekstremaliai subjektyvia teorija“, pagal kurią, esant „pavaldumo santykiams“ ir nesant asmens, darančio veiką, asmeninių interesų, kaip padėjėjas baudžiamas tas asmuo, kuris pats iki galo įvykdė įstatyme numatytą veikos sudėtį (taip RGSt 74, 84 maudymosi vonioje atvejis; BGHSt 18, 87 Staschynskij atvejis; taip pat BGH NJW 51, 323; 54, 1374; MDR 74, 547 pas *Dallinger*).

Šiuo metu „ekstremaliai subjektyvi teorija“ dėl §25 I alternatyvos yra netekusi pagrindo (plg. BGHSt 38, 315; klausimas neišspręstas iki galo: BGH NStZ 87, 224; StrVert 90, 203).

Tai yra sveikintina, nes ši teorija vadinamąją „Animus-formulę“ pavertė tuščiu šūkiu ir teismų praktikai suteikė galimybės, vykdymo ir bendrininkavimo sąvokas padaryti lengvai sukeičiamas, jeigu to reikia, kai kitaip nepasiekiama bausmės sušvelninimo (apie „užkulisines“ priežastis žr. *Hartung*, JZ 54, 430; apie kritiką žr. *Bloy*, Beteiligungsform, S. 99 ir toliau; *Roxin*, Täterschaft, S. 559 ir toliau).

518 5. Teisės moksle nauju materialinės objektyvios ir finalinės objektyvios teorijų pagrindu įsigalėjo iš dalies skirtinga veikos valdymo teorija, kuri iš objektyvių ir sub-

jektyvių kriterijų susidedančią „veikos valdymo" sąvoką pavertė svarbiausiu principu, kuriuo vadovaujantis vykdymas atribojamas nuo bendrininkavimo. Veikos vykdymas šia prasme reiškia „tyčios apjungtą veikos sudėtį atitinkančios įvykio eigos laikymą savo rankose" (*Maurach*, AT 4.Aufl., §49 II C2).

Tiesiogiai veikiančio asmens veikos valdymas pasireiškia kaip „poelgio valdymas", netiesioginio vykdymo atveju – kaip sukurstčiusio asmens „valios valdymas" ar valdymas daugiau žinant (plg. BGHSt 32, 38; 35, 347), o bendrojo vykdymo atveju – kaip tam tikro darbo dalį atliekančio bendravykdytojo „funkcionalus veikos valdymas".

Pagal tai vykdytojas yra tas, kuris kaip pagrindinis veikėjas (= pagrindinė figūra) planingai pakreipia įvykių eigą ar prie to prisideda, taigi gali pagal savo valią leisti, kad veikos sudėtis būtų realizuota ar sustabdyti jos įvykdymą. Bendrininkas yra tas, kuris pats nevaldydamas veikos, kaip realių įvykių „šalutinė figūra" paskatina veikos įvykdymą arba kitaip prisideda prie to.

Išsamiau žr. *Herzberg*, Täterschaft, S. 7; *Jakobs*, AT 21/35; Jescheck, AT §61 V; LK-*Roxin*, §25, Nr. 36; *Rudolphi*, Bockelmann-Festschr., S. 369; *F.C.Schröder*, Der Täter hinter Täter, 1965, S. 70 ir toliau; SK-*Samson*, Nr. 10, 17 prieš §25; apibendrinimus žr. *Otto*, Jura, 246; kritiką žr. *Schild*, Täterschaf als Tatherrschaft, 1994.

519 Ypatingą padėtį lyginant su veikos valdymo teorija ir su šiam mokymui artimomis mokslinėmis nuomonėmis, kuriose, atsisakant vieningo principo, bandoma sudaryti įvairias objektyvių ir subjektyvių elementų kombinacijas, priklausomai nuo baudžiamojo teisės pažeidimo specifikos (pvz., Cramer, Bockelmann-Festschr., S. 389), užima *Schmidhäuserio* (AT 10/163) išplėtota vientisumo teorija. Ši teorija yra paremta tokiu požiūriu: jei asmens elgesys (gali būti veikiama bendrai ir su kitais asmenimis) pasireiškia kaip sava veika, tai esama vykdytojo delikto, ir priešingai – jei elgesys yra susijęs su kito veika, tai esama bendrininko delikto. Tačiau vykdytojo ir dalyvio sąvokos viena nuo kitos turi būti atskiriamos ne definicijomis, o empiriniu pagrindu, taigi remiantis matomu neteisėtos veikos sudėtį atitinkančios veikos objektyviųjų ir subjektyviųjų momentų vientisumu. Nė vienas iš šių momentų negali būti lemiamas. Priešingai, vientisumo rėmuose tai vienas, tai kitas atskiras momentas gali būti ypač reikšmingas (išsamiau žr. *Schmidhäuse*, Festschr. für Stree/Wessels, S. 343).

520 Naujos rūšies bendrąjį požiūrį, besiskiriantį nuo visų kitų įprastinių teorijų, formuluoja *Steinas* (Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S. 221 ir toliau), kuris esminių skirtumų tarp skirtingų bendrininkavimo formų ieško ir elgesio normose bei rūpinasi, kaip „funkcionaliai sisteminti" atribojimo problematiką (teisingai prieštarauja *Küper*, ZStW 105, 445; LK-*Roxin*, §25, Nr. 13, 161; *Sch-Sch-Cramer*, Nr. 68, prieš 25).

521 6. Autoriaus nuomone, vyraujančiai nuomonei teisės moksle reikia pritarti todėl, kad prisilaikant grynai subjektyvaus ar grynai objektyvaus požiūrio neįmanoma teisingai vykdymo atskirti nuo bendrininkavimo.

Grynai subjektyvi teorija, visiškai neatsižvelgianti į konkretų bendrininko objektyvų įnašą į veikos padarymą įvykdant veikos sudėtį, praranda įstatyme nustatytą vykdymo pagrindą, nes ji „vykdytojo valią" atskiria nuo veikos sudėties, ją be reikalo izoliuoja ir nekreipia dėmesio į tuos dalykinius požymius, kuriems įstatymas (pvz., §25 I 1 alternatyvoje) teikia esminę reikšmę.

Objektyvių teorijų trūkumas yra tas, kad jose nesuvokiama, jog vykdymo esmę sudaro ne vien „objektyvus" įvykių eigos „valdymas", nes pagal §25 II veikos padarymo bendrai atveju, kai sąmoningai ir valingai veikiama kartu, nuo bendrininkų valios kryptingumo, susijusio su „vaidmenų" pasidalijimu veiką realizuojant, priklauso tai, kiek vienam ar kitam bendravykdytojui gali būti inkriminuojama veikos įvykdymo, kurį objektyviai visiškai kontroliuoja kitas bendrininkas. Veikos vykdymo kriterijus tokiu atveju netenka savo reikšmės lyginant jį su veika, planuojančia ir formuojančia valią, nuo kurios priklauso „ar" ir „kaip". Gaujos vadeiva, sukūręs nusikaltimo planą ir organizavęs nusikaltimo įvykdymą, atsako pagal §25 II; kaip bendravykdytojis jis atsako ir tada, kai įvykio vietoje jo paties nė nebūta, o veiką įvykdo vien jo bendrininkai, laikydamiesi ankstesnio susitarimo (lygiai taip mano *Beulke*, Anm. JR 80, 423; *Jescheck*, AT §63 III 1; *Küper*, GA 1986, 437, 444; *Maurach-Gössel*, AT §49, Nr. 30, 36; *Sch-Sch-Cramer*, Nr. 78 prieš §25; *Stratenwerth*, AT I Nr. 824; plg. BGHSt 32, 165; kitaip mano *Herzberg*, Täterschaft, S. 65; LK-*Roxin*, §25, Nr. 181. 184; *Rudolphi*, Bockelmann-Festschr., S. 369 su kitomis nuorodomis).

Kiekviena baudžiamoji veika – tik iš objektyvių ir subjektyvių elementų susidedanti prasminė vienovė: taigi vykdymą ir bendrininkavimą vieną nuo kito teisingai atskirti galima veikos sudėties, numatytos įstatyme, pagrindu panaudojus objektyviųjų ir subjektyviųjų kriterijų sintezę. Geriausias ir įtikimiausias kelias sprendžiant šį uždavinį – panaudoti teisės moksle beveik vieningai svarbiausiu pripažintą veikos valdymo principą. Pagal jį vykdymas nustatomas taip: ar įvykdant veikos sudėtį atsiras veikos dalyvis, savo objektyviu įnašu į veiką ir svarba bei savo valingu dalyvavimu sprendęs klausimus „ar" ir „kaip", ir jeigu taip, tai kiek, ir ar atsiradę padariniai atrodo tikslingai nukreipiančios ir veiką bendrai formuojančios valios kūrinys. Ir priešingai, bendrininkavimas – tai kito asmens daromo veikimo ar neveikimo skatinimas arba rėmimas nevaldant pačios veikos.

Tai, ar atskiras dalyvis turi šį glaudų „veikos valdymu" vadinamą santykį su veikos sudėties įgyvendinimu, turi nustatyti teismas, įvertinęs visas konkretaus atvejo aplinkybes.

522 Teismų praktika lig šiol rėmėsi subjektyvumu paremtais atribojimo kriterijais, bet juos aiškiai objektyvizavo ir išplėtojo ta kryptimi, kad šiuo metu į bendrus apsvarstymus (kai atsižvelgiama į valios kryptingumą ir kiekvieno dalyvio suinteresuotumą veikos padariniais) įtraukiamas ir veikos valdymo kriterijus, kuriam teikiama esminė reikšmė (= subjektyvi teorija objektyviu, į veikos sudėtį orientuotu pagrindu; plg. BGHSt 28, 346, 348; 34, 124; 35, 347; 36, 231; BGH NStZ 85, 165). Šis priartėjimas prie teisės mokslo yra sveikintinas (lygiai taip mano *Geerds*, Jura 90, 173; *Küper*, GA 1986, 437), bet kai kas tai vertina skeptiškai, plg. LK-*Roxin*, §25, Nr. 28, 29).

III. Netiesioginis ir tiesioginis vykdymas, bendravykdymas (bendrakaltystė) ir šalutinis lygiagretus vykdymas

523 1. Tiesioginis vykdytojas yra tas, kuris asmeniškai įvykdo baudžiamąją veiką (§25 I 1 alternatyva).

Pradiniu atveju tai galima pasakyti apie W, tačiau ne apie A. A galėtų būti vykdytojas, tačiau, atsižvelgiant į jo indėlio į veiką pobūdį, jis negali būti pripažintas tiesioginiu vykdytoju, o tik bendravykdytoju (§25 II) arba netiesioginiu vykdytoju (§25 I 2 alternatyva).

524 2. Bendravykdymas (bendrakaltystė) – baudžiamosios veikos įvykdymas bendrai, kai veikiama kartu sąmoningai, ir norima taip veikti.

525 Kitoks yra lygiagretus vykdymas, kai keli asmenys, veikdami nepriklausomai vienas nuo kito (nesąmoningai ir nenorėdami veikti kartu), sukelia veikos sudėties padarinių. Lygiagretus vykdymas dažniau pasitaiko neatsargių (plg. Nr. 656 ir toliau) nei tyčinių baudžiamųjų teisės pažeidimų padarymo atvejais. Tyčinių baudžiamųjų teisės pažeidimų padarymo atveju lygiagretaus vykdymo (be kitų situacijų) esama tuomet, kai svetimas apsisprendimas padaryti veiką yra panaudojamas savo tikslui pasiekti (pvz., žinomu *Dohna* atveju: lapė sužinojo, kad šaulys vakare tam tikroje vietoje iš pasalų ketina ją nušauti. Lapė gudria apgaule atviliojo savo priešą lūšį į įvykio vietą, kur įvyko tai, ko lapė ir tikėjosi – šaulys, lapę palaikęs lūšimi, nušovė lūšį. Plačiai apie tai žr. *Spendel*, Lange-Festschr., S. 147, 167; kitą nuomonę žr. LK-*Roxin*, §25, Nr. 104 – jis čia mato esant netiesioginį vykdymą). Kiekvienas gretutinis vykdytojas, kaip ir vykdytojas, įvykdęs veiką vienas, turi atsakyti tik už savo padarytą veiką (išsamiau žr. RGSt 68, 251; BGHSt 4, 20; *Fincke*, GA 1975, 161; *Murmann*, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, 1993).

526 a) Bendravykdymas yra pagrįstas tuo, kad kiekvienam iš veikos vykdytojų tenka tam tikras vaidmuo. Kiekvienas dalyvis čia yra lygiavertis partneris, nuo kurio priklauso bendras apsisprendimas padaryti veiką ir bendras veikos sudėties realizavimas, kad atskiri indėliai į veiką, vienas kitą papildydami, susilietų į vieną visumą, o atsiradę bendri padariniai gali būti visiškai priskirti kiekvienam veikiančiajam vykdytojui (BGHSt 24, 286; 34, 124; 37, 289; *Küper*, ZStW 105, 295; kritiką žr. *Lesch*, ZStW 105, 271), kuris siūlo vadovautis vien tik objektyviais inkriminavimo kriterijais, o bendrą kaltinimą įvykdyti veiką šiuo atveju laiko nebūtinuoju požymiu.

Savo naujausiuose sprendimuose Federalinis teismas formuoja tokią vykdymo ir padėjimo atribojimo koncepciją: „Bendravykdymas yra tuomet, kai dalyvaujantysis (padarant veiką) savo įnašu nenori paprasčiausiai vien paremti svetimos veikos, o nori, kad šis įnašas būtų bendro veikimo dalis. Šis asmuo turi norėti, kad jo įnašas į veiką papildytų kitų veikimą, ir atvirkščiai, – kad kitų veikimas papildytų jo paties veikos dalį. Tai, ar dalyvis nori turėti tokį glaudų ryšį su veika, turi būti sprendžiama vertinant visas aplinkybes, kurias apėmė vykdytojo įsivaizdavimas. Svarbūs šio vertinimo atramos taškai gali būti: asmeninis suinteresuotumas veikos padariniais, dalyvavimo veikoje apimtis ir veikos valdymas arba bent jau noras veiką valdyti taip, kad veikos įvykdymas ir jos baigtis iš esmės priklausytų nuo dalyvaujančiojo valios. Federalinis teismas (BGHSt 34, 124) didžiausią svarbą (atribojant bendrą vykdymą nuo padėjimo) teikia įnašo į veiką pobūdžiui ir valios kryptingumui darant šią veiką: „Visiškai pavaldus veikimas jau objektyviai rodo, kad dalyvis yra tik padėjėjas. Bendravykdymas pirmiausia yra tada, kai dalyvis veikia kaip lygiavertis partneris.“

527 Susitarimas tarp bendravykdytojų gali būti pasiektas tai išreiškiant ar tam tyliai pritariant, tai gali būti daroma ir veikos vykdymo metu (= sukcensyvus bendravykdymas; BGH GA 1986, 229).

Tai, ar vėliau prisijungusiam asmeniui gali būti inkriminuojamos veikos aplinkybės ar sunkinantys pagrindai, kurie jau buvo atsiradę anksčiau (jeigu taip, tai kiek), yra ginčytina ir priklauso nuo atskiro atvejo aplinkybių. Tačiau visai sutariama dėl to, kad §25 II neleidžia traukti atsakomybėn dėl įvykių, kurie buvo visai baigęsi, kai prisidėjo tas asmuo (plg. BGH GA 1977, 144 §177; BGH NStZ 84, 548 §226; siauriau: *Sch-Sch-Cra-*

mer, §25, Nr. 91; SK-*Samson*, §25, Nr. 124); tas pat taikytina ir sukcesyvaus padėjimo atžvilgiu (BGH NStZ 94, 123). Laikotarpiu nuo svetimo turto paėmimo iki jo užvaldymo (§249), kai paprasčiausiai paimama tik grobio dalis, sukcesyviam bendravykdymui nėra vietos (kitaip, bet nepagrįstai mano BGH JZ 81, 596; atmeta *Küper*, JZ 81, 568).

528 b) Objektyviai būtina bendravykdymo prielaida yra tai, kad kiekvienas iš bendrininkų bendro apsisprendimo padaryti veiką pagrindu ir šio apsisprendimo ribose padarytų reikalingą įnašą į veiką deliktui įvykdyti. Tai taikytina ir sukcesyvaus bendravykdymo bei vėliau gauto sutikimo, kai išplečiamas pirminis veikos planas, atvejais (plg. BGH StrVert 85, 145). Objektyvus įnašas į veiką §25 II prasme – tai pirmiausia dalyvavimas įvykdant poelgį. Tačiau pagal teismų praktiką ir vyraujančią nuomonę, atsižvelgiant į aplinkybes gali pakakti (bendro noro pagrindu atliktų) paprastų parengiamųjų ar veiką padedančių padaryti poelgių (BGH NStZ 95, 112; MDR 93, 251; BGHSt 14, 123; 37, 289), kartais – tik dvasinio bendrininkavimo (BGHSt 11, 268; 16, 12; 32, 165; *Sch-Sch-Cramer*, §25, Nr. 66, 67). Tačiau tokiu atveju turi būti ypač kruopščiai patikrinta, ar bendrininkavimo trūkumą, įvykdant realią veiką, atsveria bendras delikto planavimas, ir ar valdant veiką, kuria bendrininkaujama, pasiekta bent jau žemutinė „funkcionalaus veikos valdymo" pakopa.

Vagių gaujos vairuotojas, savo automobiliu gabenantis pagrobtą turtą ir už paslaugas gaunantis sutartą fiksuotą sumą (100 markių grynais kiekvieną kartą) bei kompensaciją už suvartotą benziną, su pagrindine veika nėra labai susijęs, todėl jo elgesys yra artimesnis pagalbai nei bendrininkavimui (plg. BGH StrVert 83, 501; NStZ 85, 165).

529 Literatūroje yra reiškiama nuomonė, pagal kurią §25 II ribose kiekvienas bendravykdytojas būtų atsakingas už veikos padarinius įvykdant esminį bendradarbiavimą (*Herzberg*, ZStW 99, 49, 58; LK-*Roxin*, §25, Nr. 181 ir toliau; *Rudolphi*, Bockelmann-Festschr., S. 369). Pagal šį požiūrį gaujos vadas, sukūręs veikos planą ir numatęs visas šio plano įvykdymo smulkmenas, nebūtų bendravykdytojis, o tik kurstytojas, jeigu tuo metu, kai jo bendrininkai, laikydamiesi susitarimo, vieni vykdo veiką (pvz., vagystę su įsilaužimu), jis pats (norėdamas, kad nei jis, nei jo gauja nebūtų įtarta) sėdi teatre. Bendravykdytoju jis galėtų būti tik tuomet, jei jis (nebūdamas įvykio vietoje) telefonu ar siųstuvu palaikytų ryšį su gauja ir taip jai vadovautų (*Roxin*, JA 79, 519, 522).

Šis požiūris neįtikina, nes gaujos vadas, kuris planuoja ir organizuoja, iš esmės prisideda prie veikos eigos ir padariniai – tai tikslingai vadovaujamos ir formuojamos valios kūrinys. Jis neskatina trečiojo asmens padaryti jam pačiam svetimą veiką, o kartu su bendrininkais sąmoningai ir norėdamas bendrai veikti įvykdo bendrą veiką, kuri (bent jau kartu su kitais) yra jo paties kūrinys. Atsižvelgiant į jo vadovavimą ir jo įnašą į veiką, pirmiausia būtų neteisinga laikyti jį tik šalutine įvykio figūra ir bausti tik kaip kurstytoją (tokią pat nuomonę žr. BGHSt 33, 50,53; OLG Celle NJW 94, 142; *Beulke*, pastabos JR 80, 423; *Jakobs*, AT 21/52; *Jescheck*, AT §63 III 1; *Seelmann*, JuS 80, 571 su kitomis nuorodomis). Taip pat ir mokymas apie veikos valdymą neduoda jokio pagrindo esant bendravykdymui §25 II prasme jį apriboti tik bendrininkavimu įvykdymo stadijoje. Svarbu yra tik tai, kad įnašas, padarytas bendrai nusprendžiant įvykdyti veiką, veiktų ir vėliau

realizuojant veiką (BGHSt 37, 289; kitaip mano *Erb*, JuS 92, 197; *Herzberg*, JZ 91, 856; *Roxin*, pastabos JR 91, 206; *Stein*, pastabos StrVert 93, 411).

530 c) Bendrai darant baudžiamąją veiką, kiekvienas bendravykdytojas turi atitikti įstatyminėje veikos sudėtyje numatytus požymius. Bendravykdytojis gali būti tik tas, kuris gali būti tik tam tikro baudžiamojo teisės pažeidimo vykdytoju (BGHSt 14, 123, 129; 15, 1; 37, 106, 114 ir toliau) ir veikos įvykdymo metu be baudžiamąją atsakomybę pagrindžiančių požymių turi įstatyme nustatytų specialių asmeninių ketinimų, pvz., ketinimą pasisavinti §242, 249 (BGH StrVert 86, 61; NJW 87, 77; NStZ 94, 29). Šiuo požiūriu (kitaip negu poelgio sferoje) negalimas kintantis inkriminavimas.

Pavyzdžiai. A ir B, pirmajam pasiūlius, kartu pavagia rytietišką kilimą, kuris vėdinamas ir kabo sode ir kurį A mielai pasitiestų savo kambaryje. B šioje veikoje dalyvauja iš paslaugumo. Šioje situacijoje A yra vagystės (§242) vykdytojas, o B – tik padėjėjas (§27), nes jis neketina daikto pasisavinti.

Tai, ar svetimo turto pasisavinimo atveju kiekvienas iš bendravykdytojų veikos darymo metu turi asmeniškai šį turtą užvaldyti (§246), yra ginčytina (patvirtina: RGSt 68,90; 72, 326; BGHSt 2, 317; neigia D-*Tröndle*, §246, Nr. 20; *Küper*, ZStW 106, 354 su kitomis nuorodomis).

531 d) Kadangi bendravykdymas turi savarankišką neteisėtumo turinį, nesusijusį su svetima veika, todėl jo atžvilgiu negali būti taikomas kurstymui ir padėjimui reikšmingas priklausomybės (akcesoriškumo) principas (žr. Nr. 551), o turi būti vadovaujamasi tiesioginio visų veikos įnašų, padarytų sąmoningai ir norint bendrai veikti, inkriminavimo kiekvienam iš bendravykdytojų principu. Visi bendravykdytojai pagal tai atsako už visą veiką, bet tik bendro apsisprendimo padaryti veiką ribose ir atsižvelgiant į §28, 29 nustatytas ribas. Bendravykdytojo ekscesas negali būti inkriminuojamas kitiems bendrininkams (RGSt 57, 307; 67, 367). Kadangi vykdymas susijęs su veikos sudėtimi, todėl egzistuoja ir dalinio bendravykdymo galimybė, galimi ir atvejai, kai baudžiamosios atsakomybės klausimai turi būti sprendžiami skirtingai.

Taip bendrai įvykdytos žmogžudystės atveju vienas iš bendravykdytojų gali būti kaltas dėl paprasto nužudymo, o kitas – dėl sunkaus nužudymo (BGHSt 36, 231 (su pastabomis); *Beulke*, NStZ 90, 278; *Küper*, JuS 91, 639). Jei A ir B kartu užpuola X ir atima auksinį laikrodį, bet tik A turi ketinimą šį laikrodį pasisavinti, tai A gali būti baudžiamas už plėšimą, o B – už padėjimo plėšiant ir bendrai padaryto prievartavimo sutaptį.

Padarinių deliktų §18 prasme, kiekvienas iš bendravykdytojų dėl specialių veikos padarinių turi būti kaltas bent jau dėl neatsargumo. Jei apie bendravykdytoją to pasakyti negalima, tai jis turi būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn pagal atitinkamą pagrindinę veikos sudėtį ar kitus jos variantus (pvz., vietoj §226 pagal §223, 223 a).

532 Bendrai vykdant veiką pirminis planas tarpusavio susitarimu, kuris yra akivaizdžiai išreiškiamas ar kuriam tyliai pritariama, gali būti išplėstas į apsisprendimą padaryti veiką, įtraukiant naujų elementų. Šiuo atveju toks išplėtimas kitų dalyvių atžvilgiu nėra ekscesas.

Savarankiškam pirminio plano pakeitimui ar išplėtimui vėliau turi pritarti visi bendrininkai. Paprasto jų žinojimo ir neatsisakymo nepakanka (BGH StrVert 85, 145).

533 Bendravykdytojui supainiojus objektą (= *error on objecto vel persona*), pagal vyraujančią nuomonę tai neturi reikšmės ir kitiems bendravykdytojams, jei veika neperžengia esamų susitarimų (pvz., iškilus būtinybei šauti į persekiotoją) ribų, ir jei šis supainiojimas, esant objektų lygiavertiškumui, nepaliečia veikos sudėties tyčios (plg. Nr. 247 ir toliau; BGHSt 11, 268; *Jakobs*, AT 21/45; *Maurach-Gössel*, AT §49, Nr. 60).

Plačiai žr. *Küper*, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978, S. 39 su pastaba, kad kiekviename veikos plane iš anksto egzistuoja galimybė, jog vykdant šį planą bus padaryta klaida; kitaip mano *Herzberg*, Täterschaft, S. 63; LK-*Roxin*, §25, Nr. 178; kritiką žr. BGHSt 11, 268, *Scheffler*, JuS 92, 920; *Schreiber*, JuS 85, 873, 876.

534 Minėtu tryliktuoju atveju nėra jokių konkrečių argumentų, leidžiančių spręsti apie sąmoningą ir norimą įvaikio A ir miško darbininko W veikimą kartu kuriant veikos planą ir jį įvykdant. Kadangi situacijos aplinkybės apie tai nieko nesako, galima teigti, kad A buvo leidęs W galutinai nuspręsti, ar veika turi būti daroma, ir jeigu daroma, tai kaip, ir todėl A neveikė kaip bendravykdytojis §25 II prasme.

535 3. Netiesioginis vykdytojas yra tas, kuris baudžiamąją veiką padaro „per kitą“ asmenį (§25 I 2 alternatyva), taigi tyčiniu veikimu padaromo baudžiamojo teisės pažeidimo numatytą įstatyminę veikos sudėtį realizuoja leisdamas veikos sudėties poelgį atlikti „veikos tarpininkui“, kuris veikia kaip nusikaltimo padarymo įrankis. Vaizdžiai sakant, netiesioginis vykdytojas savo veiką įvykdo pasinaudodamas svetimomis rankomis. Netiesioginiam vykdymui būdinga blogesnė, žemesnė veikos tarpininko padėtis dėl faktinių ar teisinių pagrindų bei užkulisiuose esančio vadovo įtakos veikos eigai. Užkulisiuose esantis asmuo teisingai suvokia situaciją ir planingai nukreipiamos valios dėka „savo rankose“ laiko visą įvykių eigą.

536 Planuotai įtraukti svetimą veiką į savo ketinimo įgyvendinimo valią reiškia, kad veika – tai užkulisiuose esančiojo asmens kūrinys. Tai, ką veikos tarpininkas padaro veikos sudėčiai įvykdyti, netiesioginiam vykdytojui yra inkriminuojama kaip jo paties elgesys. Dažni atvejai, kai netiesioginis vykdytojas asmenį kaip veikos įrankį paskatina padaryti pačią veiką. Kurstytojo bendradarbiavimas, kuris išoriškai atrodo kaip padėjimas, taip pat gali pagrįsti netiesioginį vykdymą, jei nuo teisingai situaciją suvokiančio kurstytojo priklauso tai, ar iš viso bus pažeistas teisinis gėris ir įvykdyta veikos sudėtis. *Pavyzdys*. Brakonierius W leidžia savo vadovui kalnuose B suprasti, kad prietemoje pastebėjo šerną. W pageidaujant, B jam paduoda užtaisytą šautuvą, nors B ir suvokia, kad W pastebėtas objektas yra ne šernas, o krūmuose tūnantis girininkas F, kuris krinta nuo W šūvio.

537 Netiesioginis vykdymas dažniausiai yra tuomet, kai kurstytojas, suvokdamas visas svarbias aplinkybes, baudžiamajai veikai įvykdyti žmogų panaudoja kaip veikos padarymo įrankį:

a) kuris objektyviai veikia pats nerealizuodamas veikos sudėties (pvz., kai dėl labai didelės įtakos ar tikslingai suklaidintas nusižudo; plg. *Sirius* atvejis – BGHSt 32, 38; *Jescheck*, AT §62 II 1; *Wessels*, BT/1, Nr. 43);

b) kuris veikia be veikos sudėties tyčios ar su tyčia padaryti ne tokį sunkų nusikaltimą (pvz., plėšimą vietoj kurstytojo suplanuotos ir klastingai sugalvotos žmogžudystės; plg. BGHSt 30, 363; *Spiegel*, NJW 84, 118) be specialių subjektyviai neteisėtos veikos sudėčiai priklausančių ketinimų (pvz., be §242 būtino ketinimo pasisavinti; plg. RGSt 39, 37 ir 298; 47, 147; 70, 212; kitaip apie ketinimų neturintį įrankį žr. LK-*Roxin*, §25, Nr. 140, 141);

c) kuris pats elgiasi teisėtai (pvz., klaidindamas baudžiamojo persekiojimo pareigūnus organizuoja nekalto asmens sulaikymą; BGHSt 3, 4; 10, 306; plg. taip pat vadinamąjį procesinės apgaulės atvejį žr. RGSt 72, 150);

d) kuris yra nepakaltinamas ar dėl kitų pagrindų be kaltės (pvz., esant neišvengiamai klaidai dėl draudimo, prievartos būtinajam reikalingumui ir t.t.; išsamiau žr. *Herzberg*, Täterschaft, d. 13 ir toliau; *Jescheck*, AT §62 II 4-6; LK-Roxin, §25, Nr. 61).

538 Pastaruoju atveju kyla būtinybė atriboti netiesioginį vykdymą ir kurstymą, nes nesant veikos poelgį darančiojo kaltės, pagal „ribojančios priklausomybės (akcesoriškumo)“ principą kyla klausimas dėl kurstymo (plg. Nr. 553). Kadangi valdyti veiką bendrininkas gali kita forma, tai atribojimas priklauso nuo to, ar tiesiogiai besielgiančiojo „poelgio valdymas“ priklausė nuo kurstytojo „valios valdymo“. Netiesioginio vykdymo visuomet esama tada, kai kurstytojas žino, jog veikos tarpininkas nepakaltinamas ar esama kitų aplinkybių, dėl kurių tarpininkui negali būti pareikštas kaltinimas ir, teisingai suvokdamas situaciją, ja taip naudojasi baudžiamajai veikai įvykdyti, kad veikos tarpininką, kurį jis tarsi įrankį netiesiogiai valdydamas savo pranašesne valia, panaudoja veikai vykdyti.

539 Atribojimo (netiesioginio vykdymo ir – pagal aplinkybes nebaudžiamo – kurstymo) klausimas kyla ir tada, kai veikos padarymo įrankis ir veikos auka yra vienas asmuo; taip yra tuo atveju, kai dėl tam tikros kito žmogaus įtakos pakenkiama sau. *Pavyzdys.* Moteris F apdraudžia savo gyvybę M naudai. M, norėdamas gauti draudimo sumą, paskatina F nusižudyti. Jeigu F būtų nusižudžiusi ne spaudžiama M, o pati atsakingai nuspręsdama, tai M skatinamoji veika, kaip paprastas prisidėjimas, būtų nebaudžiama, nes savižudybė nėra priešinga teisei veika §26 prasme, už kurią gresia baudžiamoji atsakomybė. Ir priešingai, jeigu F, priklausomai nuo konkrečių aplinkybių ir dėl M daromo poveikio, nebūtų laisvai sava valia apsisprendusi, o būtų buvusi tik įrankis įvykiams vadovaujančio M rankose, tai M būtų kaltas, kaip netiesiogiai nužudęs kitą asmenį (§212, 211, 25 I antra alternatyva). Dėl to sutaria visi. Tačiau ginčų kyla dėl to, kada galima manyti, jog nusižudyti apsispręsta laisvai, ir pagal kokius kriterijus apie tai turi būti sprendžiama. Laikantis plačiai paplitusios nuomonės, tokiu atveju reikėtų remtis atleidimo (ekskulpacijos) (§19, 20, 35) taisyklėmis, t.y. (ypač psichinių defektų būsenų ir prievartos būsenų situacija) siūloma spręsti atsižvelgiant į tai, ar asmuo, esant toms pačioms aplinkybėms, nebūtų kaltinamas, jei jis būtų sužeidęs ne save, o trečiąjį asmenį. Jo elgesio laisvė galėtų būti patvirtinta tuomet, kai grasinimas nėra pasiekęs §35 reikalaujamo sunkumo (plg. *Bottke*, Suizid und Strafrecht, 1982, S. 250; GA 1983, 22, 30;

LK-*Roxin*, §25, Nr. 66 ir toliau su kitomis nuorodomis). Kita gana paplitusi nuomonė (pagal prasmę) siūlo vadovautis mokymu apie pritarimą, t.y. taisyklėmis, kurios būtų taikomos atsisakymo kitų teisinių gėrių atvejais, nustatant, ar nuo atsakomybės atleidžiantis (pateisinantis) pritarimas yra reikalingas (plg. *Brandts*, June 86, 495; *Geilen*, JZ 74, 151; *Herzberg*, JuS 84, 369; *Krey*, BT/1, Nr. 89; LK-*Jähnke*, Nr. 25, 26 prieš §211; *Sch-Sch-Eser*, Nr. 36 prieš §211; *Wessels*, BT/1, Nr. 40). Pritariant šiai mokslinei nuomonei, kuri vėliau, kaip ir pirmiau čia minėta nuomonė, tik patvirtina netiesioginį vykdymą, galima pasakyti, kad, disponuojant savo gyvybe, negali būti keliami mažesni reikalavimai valios formavimosi laisvei negu reikalavimai, keliami sutikimui padaryti kūno sužalojimą bei §216 numatytam nukentėjusiojo noro mirti rimtumui.

Federalinis teismas (BGHSt 32, 38) *Sirius* atveju nesivadovavo nei viena, nei kita nuomone, kadangi moteris, kuri buvo paskatinta nusižudyti išnaudojant neįtikėtiną, vos ne mistinį jos apsvaigimą, nebuvo nei psichiškai sutrikusi, nei jos atžvilgiu buvo naudojama psichinė prievarta. Pagal šį sprendimą netiesioginio nužudymo ir nebaudžiamo prisidėjimo prie savižudybės atribojimas aukos suklaidinimo atveju priklauso nuo klaidos pobūdžio ir apimties. „Jeigu apgaulė užmaskuoja norinčiajam nusižudyti faktą, kuris yra savižudybės priežastis, tai tas, kuris suklaidindamas ir sąmoningai norėdamas sukelia įvykį, vedantį prie apgautojo mirties, yra nužudymo delikto (baigto ar pasikėsinto padaryti) vykdytojas, kuris, daugiau žinodamas, valdo klystantįjį ir paverčia įrankiu, nukreiptu prieš save patį (= veikos valdymas dėl geresnio žinojimo; plg. *Roxin*, pastabos NStZ 84, 71 ir vykdymas, S. 586 ir toliau).

Plačiau apie netiesioginio vykdymo problematiką, kai suklydus daromas sužalojimas pačiam sau, žr. *M.-K.Meyer*, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984, S.3 ir toliau; kritiką žr. *Küper*, JZ 86, 219; *Maurach-Gössel*, AT §48, Nr. 15.

Apie netiesioginio vykdymo klausimus mokesčių deliktų padarymo atvejais žr. Federalinis finansinis teismas NJW 90, 1253; *Maier*, MDR 86, 358.

540 Sprendžiant pagal padarinius, netiesioginis vykdymas paprastai esti tuomet, kai kurstytojas tyčinei veikai padaryti žinodamas ir norėdamas pasinaudoja asmeniu, kurio elgesys ne visai atitinka veikos sudėtį arba nėra priešingas teisei arba šis asmuo elgiasi ne visai suvokdamas atsakomybę. Ir atvirkščiai, netiesioginio vykdymo paprastai nėra, kai tiesiogiai veikiantis asmuo, kuris baudžiamosios veikos sudėtį realizuoja nesuklaidintas, pats yra visai atsakingas tyčinio delikto, kurio siekia ir kurį skatina įkvėpėjas, vykdytojas.

Išsamiau žr. BGHSt 30, 363; 40, 218, 236; *Jescheck*, AT §62 I 2, II; *Lackner*, §25, Nr. 2; *Schaffstein*, NStZ 89, 153; bet mokslinė diskusija šiuo klausimu dar yra labai kontroversiška; plg. *Herzberg*, Jura 90, 16; LK-*Roxin*, §25, Nr. 53 ir toliau; *Maurach-Gössel*, AT §48, Nr. 11, 21, 79 ir toliau; *Sch-Sch-Cramer*, §25, Nr. 8 ir toliau.

Jeigu moteris F paskatina nepastovų ir seksualiai nuo jos priklausomą meilužį L nužudyti jos vyrą, M ir pasinaudojo psichine L priklausomybe, tai tiesiogiai poelgį, realizuojantį veikos sudėtį (§212, 211), L valdo tol, kol jo psichinė priklausomybė nėra tokia, kad jis būtų atleidžiamas nuo baudžiamosios atsakomybės (plg. §20). Pagal įstatymą F dalyvavimas šioje veikoje paprastai gali būti vertinamas kaip bendravykdymas ar kurstymas.

541 Šios taisyklės išimtys gali būti daromos tik labai retai, pvz., piktnaudžiavimo valstybinės valdžios įgaliojimais atveju (rasinių įsitikinimų pagrindu padaryti nacionalsocializmo nusikaltimai, VDR egzistavę įsakymai šaudyti, kad būtų užkirstas kelias pabėgti į Vakarų Vokietiją) ar panašių į mafiją organizacinių struktūrų ribose. Tokio pobūdžio atvejais svarbiausią reikšmę turi tai, kad, būdami įsakymų davėjais, kurstytojai galėjo „viešpataudami organizacijai" besąlygiškai pakreipti visą įvykių eigą jų norima kryptimi (išsamiau žr. BGHSt 40, 218; *Roxin*, pastabos JZ 95, 49 su kitomis nuorodomis). Galvoti apie netiesioginį vykdymą galima ir tada, kai kas nors, manipuliuodamas klaida dėl draudimo, kurios galima buvo išvengti, ar tiesioginio (galinčio būti patrauktu baudžiamojon atsakomybėn) vykdytojo prietaringa baime tai tikslingai panaudoja savo nusikalstamiems ketinimams, pvz., kačių karaliaus atveju. Bylos aplinkybės buvo tokios.

542 Moteris H drauge su P ir R gyveno misticizmu ir erezijomis persmelktoje aplinkoje. H ir P tikslingai suklaidino R, kuriam buvo lengva padaryti įtaką, įkalbėdami, jog blogį įkūnijantis ir žmonijai grasinantis „kačių karalius" reikalauja žmogaus aukos moters N pavidalu (kurią nužudyti H ir P norėjo iš pavydo ir keršto); priešingu atveju turės mirti milijonai žmonių. R suvokė, jog tai bus žmogžudystė, ir bandė ieškoti išeities apeliuodamas į penktąjį Dievo įsakymą. H ir P išsklaidė jo sąžinės graužatį nurodydami, kad draudimas žudyti čia negalioja, nes tai – „Dievo pavedimas", ir jie turį išgelbėti žmoniją. R pasidavė jų spaudimui. Įvykdydamas jam duotus nurodymus, R iš pasalų turistiniu peiliu dūrė nieko nenujaučiančiai N (kuri vis dėlto liko gyva) daug kartų į kaklą, veidą ir kūną.

Federalinis teismas patvirtino, kad P ir H yra teisingai nuteisti už pasikėsinimą nužudyti, kaip netiesioginiai vykdytojai. Sprendime, kuris remiasi tuo, kad R, spręsdamas interesų konfliktą, §34 požiūriu klaidingai įvertino ir tuo pačiu pasidavė klaidai, kurios buvo galima išvengti, sakoma: „Literatūroje yra ginčijamasi dėl kurstymo ir netiesioginio vykdymo atribojimo. Pagal paplitusią nuomonę, kuri remiasi atsakomybės principu, netiesioginio vykdymo galimybių nėra ten, kur pats veikos padarymo įrankis yra vykdytojas, kurį galime patraukti baudžiamojon atsakomybėn. Tačiau BK §25 I StGB nereikalauja taip siaurai traktuoti netiesioginio vykdymo sąvokos ir išvesti ją iš atsakomybės principo. Vertinantis neišvengiamos klaidos dėl draudimo (kur netiesioginis vykdytojas neginčytinai yra galimas) ir išvengiamos klaidos dėl draudimo atvejų sulyginimas rodo, kad vien tik klaidos išvengiamumas nėra tinkamas atribojimo kriterijus. Net ir klysdamas kaltininkas veikos darymo metu nesuvokia neteisėtumo. Tai, kad jis galėjo žinoti tai, ko konkrečiu atveju nežinojo, nepašalina kurstytojo, kuris stengiasi įtikinti, kad veika yra leistina, veikos valdymo; tai taip pat nereiškia, kad veiką realizuojantis asmuo negali būti vertinamas kaip veikos darymo įrankis. Tuo atveju, kai šis asmuo gali išvengti klaidos tikrinant, ar kurstytojas yra netiesioginis vykdytojas, reikia vadovautis objektyvaus veikos valdymo, pagrįsto vykdytojo valia, kriterijumi. Tai, ar veika yra valdoma, nustatoma ne pagal griežtai apibrėžtas taisykles, o tik ištiriant konkretaus atvejo aplinkybes. Skyrium imant, atribojimui reikšmingi klaidos pobūdis ir apimtis, kurstytojo poveikio intensyvumas (plg. BHGSt 32, 38). Bet kuriuo atveju netiesioginiu baigto ar pasikėsinto padaryti nužudymo delikto vykdytojas yra tas, kuris sąmoningai klaidindamas sukelia įvykį ir jam taip vadovauja, kad klystantysis atrodo tik kaip (galbūt net ir kaltai besielgiantis) veikos darymo įrankis. Tai yra nustatyta ir šiuo atveju. (Toliau taip pat paaiškinta, kad bendravykdymo nesama todėl, kad R nenorėjo, jog jo veikos poelgis būtų inkriminuojamas kam nors iš paskatinusiųjų padaryti tą veiką.)

Šis principinis Federalinio teismo sprendimas sulaukė ir pritarimo (*Schaffstein*, NStZ 89, 153; LK-*Roxin*, §25, Nr. 84 ir toliau), ir kritikos. Kritika pradedama jau nagrinėjant klausimą, ar prietaringais kliedesiais paremto įsivaizdavimo pakanka, kad būtų galima kalbėti apie „pavojų" §34 prasme ir ar šioje situacijoje iš viso gali būti diskutuojama apie klaidą dėl leidimo (= klaidą dėl draudimo), nes pats R, remiantis jo parodymais, graužiamas sąžinės svarstė, ar galima pažeisti valstybėje nustatytas teisės normas. Išsamiau apie tai žr. *Herzberg*, Jura 90,16; *Küper*, JZ 89, 617 ir 935; *Schumann*, pastabos NStZ 90, 32.

Apie netiesioginio vykdymo ir kurstymo atribojimą išvengiamos klaidos dėl draudimo atveju žr. BGH NJW 95, 204.

543 Netiesioginis vykdymas yra negalimas asmeniškai padaromuose baudžiamuosiuose teisės pažeidimuose (plg. Nr. 41; KG NJW 77, 817 §179 II), taip pat tais atvejais, kai kurstytojas neturi specialaus subjekto požymių, kurių reikalauja įstatyminė veikos sudėtis (pvz., tarnautojo savybės tikrų specialių baudžiamųjų teisės pažeidimų padarymo atveju, plg. Nr. 40).

544 Pradiniu atveju W, nužudydamas J ir F, veikė laisvai apsisprendęs, kaip už savo veiksmus atsakingas vykdytojas. Todėl A nėra netiesioginis vykdytojas.

545 4. Už veikos tarpininko ekscesą netiesioginis vykdytojas neatsako. Su šiomis problemomis susijusių klaidų atvejais turi būti sprendžiama atsižvelgiant į tai, ar kurstytojo klaida susijusi su veiką vykdančiojo tyčia, ar su kita veikai vykdyti svarbia aplinkybe. Yra galimi tokie variantai:

546 a) Jeigu kurstytojas klaidingai mano, kad jo tyčinę veiką padaryti paskatintas asmuo veikia kaltai, kai iš tikrųjų taip nėra. Jei, pvz., A, nežinodamas, kad G yra psichinis ligonis, įkalba šį nužudyti X, tai turime baigtą kurstymą (§26, 212, 211), nes A, kaip veikos sukėlėjas, veikė tik esant kurstytojo tyčiai, kadangi jis nežinojo aplinkybių, objektyviai jį darančių įvykio šeimininku.

547 b) Ir priešingai, jeigu asmuo, lenkiamas padaryti tyčinę veiką, veikia iki galo suvokdamas savo atsakomybę, o kurstytojas klaidingai mano, jog toks asmuo viską daro nekaltai, tai kurstytojo požiūriu turime netiesioginį vykdymą, tačiau objektyviai – tik kurstymą §26 prasme. Ir tokiu atveju turi būti baudžiama už baigtą kurstymą padaryti atitinkamą veiką, nes kurstymo tyčią apima platesnė kurstytojo valia valdyti veiką, o kurstymas, palyginti su netiesioginiu vykdymu, yra ne tokia sunki bendrininkavimo forma (plg. BGHSt 23, 203; *Jescheck*, AT §62 III 1; LK-*Roxin*, §25, Nr. 147; *Sch-Sch-Cramer*, Nr. 83 prieš §25).

548 c) Jei kurstytojas klaidingai mano, kad jo paskatintas asmuo padaryti veiką turi veikos sudėties tyčią (pvz., A, siekdamas keršto, įkalba B paduoti pareiškimą prieš X dėl pastarojo baudžiamojo persekiojimo, klaidingai manydamas, kad ir B pozityviai suvokia, jog kaltinimai X yra neteisingi), tai jis įsivaizduoja, kad šioje situacijoje B yra įvykio šeimininkas. Tik su kurstytojo tyčia veikiantis A negali būti netiesioginis vykdytojas. Bet ir bausmė už baigtą kurstymą yra negalima, nes nėra tyčia įvykdytos pagrindinės veikos §26 prasme. Galima kalbėti tik apie pasikėsinimą sukurstyti, už kurį pagal §30 I gali būti baudžiama tik tada, kai kurstoma padaryti nusikaltimą (išsamiau žr. Nr. 561). Patraukimo baudžiamojon atsakomybėn spraga, kai tokioje situacijoje kėsinamasi sukurstyti padaryti baudžiamąjį nusižengimą (anksčiau pateiktame pavyzdyje pagal §164 I), egzistuoja dėl įstatymų leidėjo sprendimo taikyti §26, 27 tik tuomet, kai yra tyčia įvykdyta

pagrindinė veika. 1962 m. projekte (§32) numatytą taisyklę, „kaip" kurstytoją ar padėjėją bausti tą, kuris bendrininkavo veikos padaryme klaidingai manydamas, kad vykdytojas veiks tyčia, įstatymų leidėjas, darydamas pataisą, atmetė, todėl pagal galiojančią teisę tokia taisykle negali būti vadovaujamasi (kitą nuomonę žr. *Baumann-Weber*, AT §27 I 2 a; prieštaravimus žr. LK-*Roxin*, §25, Nr. 143, 144).

549 d) Labai ginčijamasi dėl to, kokį sprendimą reikėtų priimti priešingu atveju, kai kurstytojas savo ketinimus padaryti baudžiamąjį teisės pažeidimą realizuoja per veikos tarpininką, kurį mano esant sąžiningai klystančiu, kai iš tikrųjų šis veikia piktavališkai. *Pavyzdys*. Norėdamas nužudyti savo uošvę S, kuriai reikalingas gydymas, ligoninės gydytojas A paduoda tariamai nieko nežinančiai medicinos seseriai K švirkštą su nuodų ampule. K viską suvokia, bet to neparodydama suleidžia S jai skirtą injekciją, nuo kurios S miršta. Teismų praktikoje A būtų baudžiamas kaip netiesioginis vykdytojas pagal §212, 211, nes K jis traktavo kaip nusikaltimo padarymo įrankį ir S mirtį sukėlė savo vykdytojo valia. Mokymas apie veikos valdymą negalėtų eiti šiuo keliu, nes tik įsivaizduojamas, bet realiai neegzistuojantis veikos valdymas pats savaime negali pagrįsti vykdymo. Dėl to, kad kurstytojas įsivaizdavo netiesioginį vykdymą, o objektyviai buvo tik kurstomas, teisės moksle daromos skirtingos išvados. Kai kurie autoriai mano, kad tokiu atveju yra pasikėsinta netiesiogiai padaryti baudžiamąjį teisės pažeidimą (*Helzberg*, Täterschaft, S. 45; *Maurach-Gössel*, AT §48, Nr. 39 ir toliau; SK-*Samson*, §25, Nr. 112) arba tokį atvejį siūlo kvalifikuoti kaip pasikėsinimą šalia baigto kurstymo (LK-*Roxin*, §25, Nr. 146, 147). Sprendimas šį atvejį vertinti kaip pasikėsinimą neduoda teisingo rezultato, nes šiuo atveju kurstytojas traktuojamas taip, tarsi jis nebūtų dalyvavęs iki galo pažeidžiant teisinį gėrį. Todėl pirmenybė teiktina labiausiai paplitusiai nuomonei, siūlančiai padarytos veikos iniciatorių bausti už baigtą kurstymą (*Jescheck*, AT §62 III 1; *Sch-Sch-Cramer*, Nr. 83 prieš §25; *Stratenwerth*, AT I, Nr. 959). Nors jis ir nenorėjo paskatinti tarpininko, kad šis padarytų tyčinę pagrindinę veiką ar apsispręstų tokią veiką daryti. Tačiau nesančią kurstymo tyčią atstoja „toliau einanti", kokybiškai sunkesnė valia valdyti veiką. Tas, kuris nori realizuoti įstatyminę veikos sudėtį padedamas valdomo įrankio, taigi pats nori būti planuojamo delikto vykdytoju, nėra skriaudžiamas, jei jis kaltinamas lengvesne bendrininkavimo forma, t.y. kurstymu, o ne netiesioginiu vykdymu. Tačiau turi būti priimamas kitoks sprendimas, jei įstatymas (kaip §160 ir §271) už veikos sudėties realizavimą išimties tvarka numato švelnesnę bausmę negu už (kaip alternatyviai svarstytiną) kurstymą (pvz., §154 arba §348 numatytų veikos sudėčių realizavimas; tokiu atveju veikos valdymo valia veikiantis asmuo neturi atsidurti blogesnėje padėtyje todėl, kad tariamai patiklus veikos darymo įrankis iš tikrųjų veikė pikta valia (žr. BGHSt 21, 116; *Wessels*, BT/1, Nr. 761 ir toliau, 876 ir toliau).

550 e) Taip pat ginčijamasi ir dėl to, kokiomis aplinkybėmis veikos tarpininko ar netiesioginio vykdytojo objektų supainiojimas turi *aberratio ictus* poveikį. *Pirmas pavyzdys*. Norėdamas nužudyti X, gydytojas A medicinos seseriai K paveda padaryti X injekciją; nieko nenujaučiančiai K perduodamas švirkštas su kūne sunkiai aptinkamais nuodais. Dėl nesusipratimo K suleidžia mirtiną injekciją ne X, o Y. *Antras pavyzdys*. A paskatina G, kurį A pažįsta kaip psichinį ligonį, nušauti X. Tačiau G nužudo Y, kurį šaudamas palaikė X. Pagal moksle vyraujančią nuomonę, abiem atvejais (neatsižvelgiant į veikos tarpininko patiklumą ar jo piktą valią) vienodai turi būti baudžiama už netiesioginį vykdymą, nes teisiškai nėra reikšminga tai, ar į taikinį nepataiko mechaninis ginklas, ar taip pat atsitinka žmogui, kuris naudojamas kaip veikos padarymo įrankis (plg. Baumann-Weber, AT §27, I 2 b; *Jescheck*, AT, §62 III 2; LK-*Roxin*, §25, Nr. 149; SK-*Rudolphi*, §16, Nr. 30). Tačiau pirmiausia turėtų būti atsižvelgiama į tai, ar kurstytojas buvo pavedęs veikos tarpininkui individualizuoti veikos objektą. Jeigu tai nebuvo jam pavesta (kaip pirmame pavyzdyje), tai tuo atveju, kai vykdant pažeidžiami nurodymai, turi būti vado-

vaujamasi *aberrratio ictus* taisyklėmis. Tačiau jeigu kurstytojas buvo pavedęs veikos tarpininkui (kaip antrame pavyzdyje) individualizuoti auką ar veikos objektą, tai kurstytojas šią objekto supainiojimo klaidą turi „priimti" kaip savo, jei supainiojimas, atsižvelgiant į konkrečias aplinkybes, dar vadovaujantis bendra gyvenimo patirtimi, yra numatytinas (lygiai taip pat mano *Jakobs*, AT 21/106; *Sch-Sch-Cramer*, §25, Nr. 52, 53; *Stratenwerth*, Baumann-Festschr., S. 57, 65; *Streng*, JuS 91, 910, 916; kurstymo atvejais apie tai žr. BGHSt 37, 214; pritariančias pastabas žr. *Puppe*, NStZ 91, 124; atmeta *Roxin*, pastabos JZ 91, 680).

IV. Kurstymas ir padėjimas

551 Pradiniu atveju lieka patikrinti, ar A yra kaltas dėl kurstymo (§26), ar dėl padėjimo (§27) W padarytų baudžiamųjų veikų atžvilgiu.

1. Kurstymas ir padėjimas priklauso nuo priešingos teisei pagrindinės veikos §11 I Nr. 5 prasme (= prisidėjimo priklausomybė, akcesoriškumas). Kadangi realizuojant svetimos veikos sudėtį yra bendrininkaujama jų padaryme, todėl kurstymo ir padėjimo formų neteisėtumo turinys priklauso nuo pagrindinės veikos neteisėtumo. Tai nereiškia, kad kurstymas ir padėjimas neįkūnija savarankiško neteisėtumo apskritai (išsamiau apie tai žr. *Roxin*, Festschr. für Stree/Wessels, S. 365; čia neteisėtumas įžvelgiamas ten, kur bendrininkas savarankiškai pažeidžia teisinį gėrį). Nepriklausomo, nuo pagrindinės veikos neteisėtumo atsiskyrusio „bendrininkavimo delikto" konstrukcija (plg. *Sax*, ZStW 90, 927; *Schmidhäuser*, AT 10/17) nesiremia jokiu įstatymu.

Bendrininkauti poelgyje, kuriuo nėra realizuojama baudžiamosios veikos sudėtis, ar poelgyje, kuris yra teisėtas, neįmanoma ir už tai negali būti nustatyta baudžiamoji atsakomybė.

552 Padėjėjas ir kurstytojas baudžiami ne todėl, kad jie pagrindinį kaltininką „padaro kaltu ar baudžiamu" (taip §29 apeita „dalyvavimo veikoje kaltės teorija"), o todėl, kad jie, sukeldami tyčią padaryti veiką ar kitaip padėdami, skatina priešingą teisei pagrindinę veiką (tai šiuo metu vyraujanti į priklausomybę (akcesoriškumą) orientuota skatinimo teorija). Šiuo atveju būtina prielaida yra tai, jog teisinis gėris, į kurį kėsinamasi, turi būti gerbiamas ir kurstytojo, ir padėjėjo.

553 Nuo 1943-05-29 (RGBl I 339) BK vadovaujasi ribotos priklausomybės (akcesoriškumo) principu; kurstymas ir padėjimas nėra nulemti pagrindinio vykdytojo kalto elgesio.

§29 ribotos priklausomybės (akcesoriškumo) prasmė aiškinama tuo, kad kiekvienas bendrininkas yra baudžiamas neatsižvelgiant į kitų kaltę, o tik remiantis jo kalte.

Nepriklausomai nuo ribotos priklausomybės (akcesoriškumo) būtina, kad pagrindinė veika būtų padaryta tyčia (= su veikos sudėties tyčia). Baudžiama tik už tyčinį dalyvavimą pagrindinės priešingos teisei veikos padaryme (§26, 27; išsamiau žr. LK-*Roxin*, Nr. 26, 27 prieš §26).

554 §11 II kurstymas ir padėjimas galimi ir deliktuose, kuriuos padariniai padaro kvalifikuotus (pvz., §224, 226; plg. BGH NJW 87, 77; Hirsch, GA 1972, 65, 76) ir tokiose baudžiamųjų veikų sudėtyse, kuriose veikos atžvilgiu yra būtina tyčia, o specialių veikos padarinių atžvilgiu pakanka ir neatsargumo (pvz., §315 c III, Nr. 1; plg. OLG Stuttgart VRS 50, 265; LK-*Roxin*, §26, Nr. 99, 100; kitaip mano, bet neįtikina *Gössel*, Lange-Festschr., S. 219). Ir priešingai, dalyvauti netyčia padarytos pagrindinės veikos padaryme yra negalima. Tas, kuris klaidingai galvodamas, kad pagrindinis kaltininkas elgiasi tyčia, dalyvauja vykdant priešingą teisei veiką, tik „pasikėsina bendrininkauti, ir dėl to gali būti baudžiamas tik pagal §30 (išsamiau žr. *Roxin*, JuS 73, 329, 335; SK-*Samson*, Nr. 26, 27 prieš §26).

555 2. Kurstytojui ir padėjėjui bausmė paprastai skiriama atsižvelgiant į vykdytojui taikytiną sankciją, bet padėjėjui §27 II yra numatytas privalomas bausmės švelnumas pagal §49 I. Papildomas priklausomybės (akcesoriškumo) švelninimas yra galimas atsižvelgiant į baudžiamąją atsakomybę pagrindžiančias ar modifikuojančias „ypatingas asmenines savybes, santykius ar kitas aplinkybes“ (pvz., esant auklėtoju §174, 180 I antro sakinio prasme ar tarnautoju §331 ir t.t. prasme).

556 a) Jei kurstytojas ar padėjėjas neturi §14 I minimų „specialių asmeninių požymių“, pagrindžiančių baudžiamąją atsakomybę (pvz., privatus asmuo sukursto tarnautoją suklastoti dokumentų įrašą tarnyboje pagal §348, 26), tai bausmė veikoje dalyvavusiam asmeniui pagal §28 I, 49 I turi būti švelninama (būtina atsižvelgti į BGHSt 26, 53).

557 b) Jei įstatymas nustato „specialius asmeninius požymius, kurie bausmę griežtina, švelnina ar pašalina, tai pagal §28 II tie požymiai taikytini tik šiuos požymius turinčiam vykdytojui, kurstytojui ar padėjėjui.

Jeigu privatus asmuo sukursto tarnautoją padaryti kūno sužalojimą tarnyboje, tai tarnautojas, kaip vykdytojas, turi būti baudžiamas pagal §223, 340, o kurstytojas, atsižvelgiant į §28 II, turi būti baudžiamas už pagrindinės veikos sudėties realizavimą (= §223, 26; vyraujanti nuomonė). Mažumos nuomone, kurstytoją norima bausti pagal §340, 26, iš pagrindinės veikos sudėties paimant tik sankcijos ribas (*Cortes Rosa*, ZStW 90, 413; LK-Roxin, §28, Nr. 4).

Būtina atsižvelgti į tai, kad pagal §28 II kurstytojo ar padėjėjo padėtį lyginant su vykdytoju galima ne tik pagerinti, bet ir pabloginti.

558 c) Reikia atskirti su kaltininku susijusius „specialius asmeninius požymius“ (plg. BGHSt 22, 375) ir su veika susijusius neteisėtumo požymius, kurie aiškiau parodo konkretų veikos neteisėtumo turinį ir pirmiausia aprašo veikos sudėties padarinius, veikos priemones ir įvykdymo būdą; pastarajam §28 I, II netaikomas (plg. BGHSt 23, 103, 105).

Konkrečiu atveju šiuos požymius atriboti gali būti sudėtinga, nes tai daroma ne pagal abstraktų atitinkamo požymio turinį, bet pagal šio požymio funkciją veikos sudėtyje. Nei teismų praktikai, nei teisės mokslui ligi šiol nepavyko sukurti visuotinai pripažintų atribojimo kriterijų. Neteisinga būtų su veika susijusius neteisėtumo požymius prilyginti „objektyviems“, o su kaltininku susijusius asmeninius požymius „subjektyviems“ veikos sudėties požymiams, nes ne visi požymiai, kartu nulemiantys poelgio neteisėtumą, kartu

yra ir „specialūs asmeniniai“ §28 prasme. Aplinkybės, parodančios veikos padarymo būdą ar tai, kad kaltininko elgesys labai pavojingas, paprastai yra susijusios su veika. Dalykiniai ir susiję su veika, pvz., veikos sudėties tyčia ir tokie ypatingi ketinimai, kurie, kaip neteisėtumo elementai, jau yra įtraukti į subjektyvią veikos sudėtį, pvz., ketinimai pasisavinti ar praturtėti §242 ar atitinkamai §253, 259, 263. §211 II antros grupės nužudymo požymiai, susiję su veika (plg. BGHSt 23, 103; 24, 106, 108), o pirmos ir trečios grupių – priešingai – su kaltininku (plg. BGHSt 22, 378). Požymiai, nusakantys ypatingas labai asmeniškas pareigas, taip pat yra susiję su kaltininku, ir §28 I, II šiuos požymius apima. Prie jų priskiriami ir buvimas tarnautoju, asmens, kuris privalo veikti, neveikimu padaromų deliktų įvykdymo atveju padėtis (plg. *Arzt*, JA 80, 553, 557; LK-*Roxin*, §28, Nr. 17 ir toliau, 40; išsamiau žr. *Vogler*, Lange-Festschr., S. 265; *Langer*, ten pat, S. 241; priešingą nuomonę žr. *Geppert*, ZStW 82, 40; *Jescheck*, AT §61 VII 4 a; diferencijuoja *Herzberg*, GA 1991, 145, 162), pareiga rūpintis turtu, esant piktnaudžiavimui pasitikėjimu (§266; plg. BGH StrVert 95, 73), taip pat buvimas patikėtiniu pasisavinimo veikos sudėtyje (§246; plg. *Wessels* BT/2, Nr. 285). Giminystė §173 yra su veika susijęs požymis, nes tai nėra ypatingos teisės ar pareigos, bet kaltininko ir kito asmens kraujo ryšiai (BGHSt 39, 326). Kiekvienu atveju šių požymių atribojimui esminės reikšmės turi atitinkamos baudžiamosios veikos sudėties pobūdis ir tai, ką šia veikos sudėtimi siekiama saugoti. Išsamiau apie naujesnę diskusiją žr. *Grünwald*, Gedschr. für Armin Kaufmann, S. 555; *Hake*, Beteiligtenstrafbarkeit und besondere persönl. Merkmale, 1994; *Niedermair*, ZStW 106, 388; plg. *Herzberg*, GA 1991, 145, kurio ankstesnis požymių skirstymas į susijusius su vertybėmis ir į vertybiškai neutralius buvo dažniausiai atmetamas, ir kuris šiuo metu pasisako griežtai už akcesorinį šių požymių vertinimą; pasak jo, požymiai pagal funkciją gali būti „dalykiniai arba neturintys jokios reikšmės veikos žalingumui“ (GA 1991, 145, 172 ir toliau). Prieš bet kokią diferencijavimo anksčiau minėta prasme formą pasisakoma *Schünemanno* (Jura 80, 354, 568) sukurtame vienovės sprendime, kuriame kaip specialūs asmeniniai požymiai §28 prasme nurodomi visi požymiai, kurių „negalima įvykdyti pagal netiesioginio vykdymo taisykles“.

559 d) „Specialius kaltės požymius“ (plg. Nr. 422) jau apima §29, todėl esminę reikšmę turi šių požymių buvimas atskiro vykdytojo ar kurstytojo bei padėjėjo asmenyje. Bet visais atvejais būtina prielaida – tai pagrindinės veikos, kurios padaryme dalyvaujama, egzistavimas.

Išsamiau žr. *Jakobs*, AT 23/5; *Jescheck*, AT §61 VII 4 c; *Küper*, ZStW 104, 559, 574 ir toliau; LK-*Roxin*, §28, Nr. 11-16 (su pasiūlymu §29 priskirti baudžiamąją atsakomybę pagrindžiančius kaltės požymius). Apie priešingą nuomonę žr. *Grünwald*, anksčiau nurodytoje vietoje, S. 566 ir toliau.

560 3. Pagal priklausomybės (akcesoriškumo) principus už kurstymą ir padėjimą gali būti baudžiama tik tada, kai pagrindinė veika yra baigta ar bent jau yra baudžiamo pasikėsinimo stadijoje.

561 Todėl kurstymą ar padėjimą veikoje, kurią buvo pasikėsinta padaryti, reikia atskirti nuo pasikėsinimo dalyvauti veikos padaryme: pasikėsinimas padėti nėra baudžiamas, o už nesėkmingą kurstymą (išskyrus ypatingas nuostatas, pavyzdžiui, §111, 159) pagal §30 I yra baudžiama nusikaltimų darymo atvejais (lygiai taip pat kaip ir pagal §30 II baudžiama už išreikštą pasirengimą padaryti nusikalstamą veiką, už kito asmens pasiūlymo nusikalsti priėmimą ar susitarimą su šiuo asmeniu).

562 §30 I nustatant, ar veika yra nusikaltimas, yra svarbi ne reali situacija, o kurstytojo įsivaizdavimas (BGHSt 4, 254; 8, 294, 296). Tikrinant baudžiamąją atsakomybę pagrindžiančius asmeninius požymius §28 I prasme, sprendimas turi būti priimamas atsižvelgiant į asmenį, kuris turimas omenyje kaip vykdytojas, o tikrinant bausmę modifikuojančius asmeninius požymius §28 II prasme, turi būti vadovaujamasi tuo, ar poelgis dalyvaujant veikos padaryme būtų buvęs nusikalstamas, jei jis būtų pavykęs (taip BGHSt 3, 228; 14, 353; *Maurach-Gössel*, AT §53, Nr. 29; *Sch-Sch-Cramer*, §30, Nr. 12 ir toliau; į galimo vykdytojo asmenį ir paskutiniu atveju siūlo atsižvelgti BGHSt 4, 17; 6, 308, taip pat *Jescheck*, AT §65 I 4; pagal neteisėtumo ar kaltės kokybę skirstyti siūlo *Roxin*, JA 79, 169, 174).

563 §30 I pirmas sakinys be vadinamojo pasikėsinimo padaryti „grandininį kurstymą" apima ir pasikėsinimą paskatinti kitą asmenį nusikalsti, kai omenyje turima pagrindinė veika neperžengia rengimosi stadijos. To asmens, kuris šia prasme daro poveikį kitam asmeniui, tyčia turi būti nukreipta į tai, kad asmuo apsispręstų padaryti planuojamą pagrindinę veiką, ir tą veiką darytų bei baigtų (išsamiau apie tai žr. OLG Hamm JR 92, 501; *Bloy*, JR 92, 493).

Esant pasikėsinimui kurstyti nesėkmė gali pasireikšti tuo, kad kitas asmuo ignoruoja ar nesupranta to, kas jam yra siūloma, kad kitas asmuo neapsisprendžia padaryti veikos ar dar rengimosi stadijoje atsisako apsisprendimo padaryti veiką, kad šis asmuo dar prieš bandymą sukurstyti pats tvirtai buvo apsisprendęs padaryti veiką ir dėl šios priežasties negalėjo būti sukurstytas ar pagaliau tuo, kad to asmens nepasiekia kurstymas (pvz., laiškas, kuriame reikalaujama duoti melagingus parodymus, nepasiekia adresato, nes jį perima policija: plg. BGHSt 8, 261; 31, 10).

564 §30 II nuostatos nukreiptos prieš konspiracinį valios formavimą, dėl kurio kyla žymiai didesnė grėsmė teisiniam gėriui, negu dėl atskiro apsisprendimo, kurį bet kuriuo metu galima vėl atšaukti ar lengvai jo atsikratyti.

Pareiškimas apie pasirengimą reiškia rimtą pranešimą kitam asmeniui apie pasiruošimą nusikalsti (plg. BGHSt 6, 346; OLG Celle MDR 91, 174). Jis apima tinkamo veikai, bet dar tvirtai neapsisprendusio asmens pasiūlymą ir raginimo nusikalsti priėmimą.

Priimti pasiūlymą – pasiūlymo priešingybė. Priimantysis turi tai daryti rimtai; jo patraukimui baudžiamojon atsakomybėn visai nesvarbu, ar pats siūlymasis buvo rimtas, ar ne (BGHSt 10, 388; JA 79, 169, 172).

Svarbiausias §30 II nurodytas atvejis yra susitarimas nusikalsti. Jis yra bendro vykdymo priešpakopė (BGH NStZ 88, 406). Būtina jo prielaida yra mažiausiai dviejų asmenų, kurie arba patys nori bendrai padaryti sumanytą veiką, arba nori bendrai sukurstyti kitą asmenį padaryti šią veiką, valios sutapimas. §30 nuoroda į §23 III leidžia daryti išvadą, kad sumanytos veikos objekto ar veikos priemonių tinkamumas ar netinkamumas reikšmės neturi (plg. BGHSt 4, 254; *Roxin* JA 79, 169, 172). Susitarimui nusikalsti teiktina pirmenybė §30 I atžvilgiu (BGH NStZ 94, 383).

565 Naujai formuluodamas §30, įstatymų leidėjas pasikėsinimą padėti sąmoningai paliko nebaudžiamą. Todėl nebaudžiamumas yra ir padėjimas susitariant nusikalsti bei paprastas pažadas padėti nusikalstant (išsamiau žr. BGH NStZ 82, 244).

566 Esant §31 išvardytoms prielaidoms pagal §30 yra nebaudžiamas tas, kuris laisvu noru ir galutinai atsisako nuo pasikėsinimo bendrininkavime (= asmeninis bausmę panaikinan-

tis pagrindas; išsamiau žr. BGH NStZ 92, 537). Susitarimo nusikalsti atveju „kelio užkirtimas veikai" §31 I Nr. 3 numatyta prasme paprastai reikalauja aktyvių veiksmų, bet taip turi būti ne visada. Jeigu, pavyzdžiui, susitarus vienas bendrininkų nesiima jokių veiksmų, tai §31 I Nr. 3 numatyta nuostata dėl atsisakymo gali būti taikoma jo naudai, jei pagal jo įsivaizdavimą nusikaltimas, dėl kurio susitarta, negali būti įvykdytas jam nedalyvaujant ir jis laisvai apsisprendęs neįneša savo įnašo, dėl to veika nėra padaroma (plg. BGHSt 32, 133; pastabas žr. *Kühl*, JZ 84, 292; *Küper*, JR 84, 265). Jeigu atsisakyti, kaip buvo ketinta, nepavyksta dėl to, kad kiti dalyviai vieni baigia sutartą veiką ir tai darydami pasinaudoja tuo, ką norintis atsisakyti jau anksčiau padarė veikos labui, tai šitai gali pagrįsti atsakomybę už įvykdytą veiką (plačiau apie tokio pobūdžio atvejus žr. BGHSt 28, 346). Apie §31 II žr. BGH NStZ 87, 118; išsamiau žr. *Bottke*, Rücktritt von Versuch der Beteiligung, §31, 1980.

567 4. Kurstytojas yra tas, kuris kitą asmenį paskatina padaryti tyčinę, priešingą teisei veiką (§26 ir §11 I Nr. 5).

Nuo netiesioginio vykdytojo ar bendravykdytojo kurstytojas skiriasi tuo, kad jis nevaldo veikos, o nuo padėjėjo – savo daline atsakomybe už pagrindinio kaltininko apsisprendimą padaryti veiką.

568 a) „Paskatinti" §26 prasme reiškia padėti apsispręsti padaryti veiką. Kaip tai konkrečiai tyri įvykti, įstatymas nenustato (senos redakcijos §48 bent jau buvo pateikiamas pavyzdinis kurstymo priemonių sąrašas). Dėl to, ar „paskatinimo" sąvoka turi būti plačiai, ar siaurai aiškinama, nuomonės išsiskiria.

Kai kurie autoriai pasitenkina tuo, kad kažkas padėjo apsispręsti įvykdyti veiką panaudodamas bet kokias priemones (*Bloy*, Beteiligungsform, S. 329; *Lackner*, §26, Nr. 2; SK-*Samson*, §26, Nr. 5). Tačiau tai yra abejotina, nes įstatymas kurstytoją baudžia „taip pat kaip ir vykdytoją", tai yra, akivaizdžiai vadovaujasi tuo, kad elgesio neteisėtas turinys turėtų būti panašus. Todėl įtikimesnis požiūris, kad vien tik sudaryti situaciją, skatinančią įvykdyti veiką, pavyzdžiui, suvaidinti, kad yra perimta paieškos užduotis, atskleidžianti negarbingą bendradarbį, nepakanka, bet būtina paveikti valią dvasiniu kontaktu (plg. *Jakobs*, AT 22/22; *Jescheck*, AT §64 III 1; LK-*Roxin*, §26, Nr. 3 ir toliau; *Otto*, JuS 82, 557, 560; *Schmidhäuser*, AT 10/113; *Sch-Sch-Cramer*, §26, Nr. 7 su kitomis nuorodomis). Taip pat būtų neteisinga, jei kiekvienas patarimas ar paprasta informacija, vien pagal priežastis susiejus ją su vėliau padarytu teisinio gėrio pažeidimu, būtų traktuojami kaip kurstymas (teisingiau čia būtų kalbėti apie psichinę pagalbą). Jeigu kurstytojas traktuojamas kaip vykdytojui prilygstantis vienas iš veikos sukėlėjų, tai ir kurstymu turi būti dvasiškai paveikiama valia taip, kad tai mažiausiai palenktų asmenį įvykdyti veiką ir kurstomajam atvertų galimybę jam perduodamą impulsą (pagal aplinkybes greta kitų paskatų ir motyvų įvykdyti veiką) priimti kaip pagrindą apsisprendžiant įvykdyti veiką. *Puppe* nuomonė (GA 1984, 101), kad turi egzistuoti „bendras veikos planas neteisėtumo prasme", kuris reiškia, kad kurstomasis asmuo pažada kurstytojui įvykdyti veiką ir taip jam paklūsta, vis dėlto atrodo perdėta ir nelabai praktiška (apie viską žr. *Schulz*, JuS 86, 933).

Tinkamos priemonės paveikti asmens valią ir jį kurstyti, be kitų, gali būti kurstomojo įkalbinėjimas, tam tikri norai ir stimulai (net ir tada, kai tai yra pateikta klausimo forma), dovanos, atlyginimo pažadėjimas, klaidos dėl motyvų sukėlimas, piktnaudžiavimas pavaldumo santykiais, grasinimai ir t.t. (plg. RGSt 36, 402; 53, 189; BGH GA 1980, 183). Paprasto neveikimo nepakanka, nes jis nedaro jokio psichologinio poveikio (plg. *Jescheck*, AT §64 III 6; *Otto*, JuS 82, 557, 560; kitaip mano *Bloy*, JA 87, 490).

569 Asmuo, kuris jau tvirtai yra apsisprendęs įvykdyti viską (= *omnimodo facturus*), negali būti sukurstytas; čia gali būti tik pasikėsinta šį asmenį sukurstyti (§30 I) ir tai gali būti vertinama kaip psichologinė pagalba sustiprinant veikos tyčią (RGSt 72, 373). Ir priešingai, galima sukurstyti tą asmenį, kuris yra linkęs padaryti veiką ir svarsto tokią galimybę, bet vis dar nėra apsisprendęs, ar jis turėtų tą veiką daryti (BGH MDR 72, 569 pas *Dallinger*). Tas pat pasakytina ir apie asmenį, kuris siūlosi įvykdyti veiką, bet vis dar laukia lemiamo postūmio (pavyzdžiui, nori, kad būtų pažadėtas atlyginimas).

570 Kurstyti galima ir veikiant bendrai (= bendras kurstymas) arba tokiu būdu, kai kas nors, norėdamas paveikti kurstomojo valią, kaip įrankį panaudoja trečią asmenį (= netiesioginis kurstymas; plg. BGHSt 8, 137; BGH NStZ 95, 126; *Sch-Sch-Cramer* §26, Nr. 7). Asmens kurstymas, kad jis sukurstytų kitą asmenį padaryti pagrindinę veiką (= grandininis kurstymas) yra netiesioginis kurstymas įvykdyti pagrindinę veiką.

571 Yra ginčijamasi dėl baudžiamosios atsakomybės tokio asmens, kuris vykdytoją, apsisprendusį padaryti pagrindinį baudžiamąjį teisės pažeidimą, sukursto padaryti kvalifikuotą veiką. Pavyzdžiui, tas, kuris asmenį, apsisprendusį įvykdyti paprastą plėšimą (§249), paskatina pasiimti ginklą ir taip padaryti plėšimą sunkinančiomis aplinkybėmis (§250 I Nr. 1, 2), pagal vyraujančią nuomonę, atsižvelgiant į esminį apsisprendimo padaryti veiką susiformavimą, visiškai turi atsakyti kaip kurstytojas (BGHSt 19, 339; *Baumann-Weber*, AT §37 I 2 b; LK-*Roxin*, §26, Nr. 39; *Maurach-Gössel*, AT §51, Nr. 11; *Stree*, Heinitz-Festschr., S. 277). Pagal mažumos nuomonę, tokiu atveju veikos visumos atžvilgiu turima psichinė pagalba (*Bemmann*, Gallas-Festschr., S. 273; *Jescheck*, AT §64 III 2 c; *Sch-Sch-Cramer* §26, Nr. 6; *Puppe*, ZStW 92, 863, 887).

572 b) Kurstytojo tyčia turi būti nukreipta į tai, kad konkretus vykdytojas ar individualiai apibrėžtų asmenų grupė apsispręstų padaryti pagal pagrindinius bruožus konkretizuotą veiką, tą veiką darytų ir ją baigtų (BGHSt 6, 359; 15, 276). Šie pagrindinės veikos konkretizavimo reikalavimai nėra įvykdyti, jei valia yra nukreipta tik į kitų asmenų bendrą paskatinimą daryti nekonkretizuotus baudžiamuosius poelgius, pavyzdžiui, vogti iš parduotuvių arba užpulti bankus ar kitus, tik pagal rūšį apibrėžtus objektus (BGHSt 34, 63; kritiką žr. LK-*Roxin*, §26, Nr. 46 ir toliau; atmeta *Herzberg*, JuS 87, 617). Antra vertus, kurstytojas neprivalo žinoti visų darytinos veikos įvykdymo smulkmenų (plg. BGHSt 40, 218, 231). Tačiau jo tyčia turi apimti bent jau tiek konkrečių veikos požymių, kad konkretų individualizuotą įvykį būtų galima atpažinti kaip šią veiką (plg. *Jescheck*, AT §64 III 2 a; *Maurach-Gössel*, AT §51, Nr. 8, 20).

Kurstytojo tyčia turėtų apimti ypač tas aplinkybes, nuo kurių priklauso sukurstyto asmens „tyčia padarytos priešingos teisei pagrindinės veikos“ buvimas. Jeigu konkrečios pagrindinės veikos neteisėtos veikos sudėčiai priklauso specialūs subjektyvieji veikos sudėties požymiai, tai kurstytojas turi žinoti, kad esama šių požymių. Taip, pavyzdžiui, kurstantysis apgaudinėti turi žinoti, kad sukurstytas asmuo §263 objektyvią veikos sudėtį įvykdys tyčia, turėdamas ketinimus pats gauti ar tretiesiems asmenims padėti gauti priešingą teisei turtinę naudą. Jei kurstytojas nežino apie tokio pobūdžio aplinkybes ar klaidingai mano, kad egzistuoja tokios aplinkybės, kurios iš tikrųjų egzistuodamos pašalintų tyčia

padarytos priešingos teisei veikos buvimą, tai pagal §16 I 1 atitinkamos kurstytojo tyčios nėra (pvz., kurstytojas mano, kad vykdytojo siekiama turtinė nauda §253, 263 atveju yra teisėta, o ne priešinga teisei, išsamiau žr. LK-*Roxin*, §26, Nr. 66; *Sch-Sch-Cramer*, §26, Nr. 15; *Schumann*, Festschr. für Stree/Wessels, S. 383; *Herzberg*, GA 1993, 439, 454).

573 Kurstytojo tyčios nėra ir tada, kai kurstytojas nenori, kad pagrindinė veika būtų baigta, o atvirkščiai – mano, kad veikos sudėties padarinių neatsiras. Tuo pagrindžiamas vadinamojo provokatoriaus (= *agent provocateur*) nebaudžiamumas, jei jis nenori, kad veika būtų iki galo baigta ar bent jau nenori, kad teisinis gėris būtų pažeistas realiai pakenkiant šiam gėriui, kas galėtų vėliausiai atsitikti užbaigus veiką. *Pavyzdys*. A įkalba B įsilaužti į didmeninės prekybos sandėlį norėdamas, kad B, įėjusį į sandėlį arba iš jo išeinantį, sulaikytų policija, kuriai informaciją pateikė A (plg. RGSt 56, 168, 170; *Herzberg*, JuS 83, 737; Küper, GA 1974, 321; *Maaß*, Jura 81, 514; LK-*Roxin*, §26, Nr. 67 ir toliau; *Sch-Sch-Cramer*, Nr. 16; panašiai apie padarinių žalingumą žr. *Sommer*, JR 86, 485). Jeigu galimybė traukti provokatorių baudžiamojon atsakomybėn išnyksta dėl aukščiau minėtų priežasčių, tai pagal aplinkybes turi būti tikrinama, ar nėra pagrindo atleisti nuo atsakomybės (pateisinti) (pritarimo ar tariamo teisinio gėrio savininko pritarimo, nuo atsakomybės atleidžiančio (pateisinančio) būtinojo reikalingumo §34 prasme; plg. SK-*Samson*, Nr. 48 ir toliau prieš §26).

574 c) Yra ginčijamasi ir dar nėra galutinai išsiaiškinta, kokių teisinių padarinių šia prasme atsiranda iš agentų ir slaptų tyrėjų bendradarbiavimo kovojant su nusikalstamumu.

Teismų praktika slaptai dirbančių policijos pareigūnų bei kitų agentų naudojimą kovojant su ypač pavojingais, sunkiai išaiškinamais nusikaltimais, pvz., prekyba narkotikais ir ginklais ar netikrų pinigų platinimu, laiko esant būtiną ir leistiną (plg. BVerfGE 57, 250, 284; BVerfG NStZ 91, 445; BGHSt GrS 32, 115, 121; BPK §110 a-110 e pagal 1995-07-15 įstatymo kovos prieš organizuotą nusikalstamumą redakciją, *Hilger*, NStZ 92, 457, 523; *Hund*, StrVert 93, 379; *Ranft*, Jura 93, 449). Tačiau teismų praktika draudžia su nusikalstamumu kovojančioms institucijoms primygtinai raginti įvykdyti baudžiamąsias veikas, jeigu nėra teisinės valstybės ir proporcingumo principus atitinkančių pagrindų. Priimant sprendimą konkrečiu atveju svarbiausia pirminis atitinkamo asmens įtarimas, šio įtarimo pagrindas ir apimtis, policijos agento daromos įtakos pobūdis, intensyvumas ir tikslas, taip pat paties asmens, kuriam daroma įtaka, pasiryžimas bei nuo pašalinių nepriklausanti iniciatyva įvykdyti veiką. Pagal tai peržengus nustatytas ribas bausmė už sukurstymą padaryti baudžiamąsias veikas pagal aplinkybes gali būti švelninama (plg. BGHSt 32, 345; 33, 283; BGH NStZ 92, 488; kritiką žr. *Schwarzburg*, Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit polizeilicher Tatprovokation, 1991).

575 d) Kurstytojas atsako tik už tai, kiek padaryta veika sutampa su jo tyčia. Už vykdytojo ekscesą jis neatsako; neesminiai pagrindinės veikos nukrypimai nuo kurstytojo tyčios reikšmės neturi (plg. RGSt 70, 293; BGHSt 2, 223; *Montenbruck*, ZStW 84, 323). Svarbu tai, kad kurstytojo tyčios ribos gali būti platesnės už vykdytojo ir netiesioginio vykdytojo tyčios ribas, nes kurstymui tipiška tai, kad kurstytojas veikos įvykdymo smulkmenas palieka vykdytojo nuožiūrai.

576 Pradiniu atveju pažadėjęs atsilyginti A paskatino W priimti sprendimą nužudyti F. Kyla klausimas, ar A atsako tik už šią veiką, ar ir už susipainiojus įvykdytą J nužudymą.

577 aa) Kai kurie autoriai mano, kad objektų supainiojimas, kuris yra nereikšmingas pagrindiniam vykdytojui, nekeičia ir kurstytojo baudžiamumo. Svarbiausia tai, kad sukurstytas asmuo įvykdo veiką dėl jam sukeltos tyčios, tai, kad nėra reikšminga vykdytojui, negali lengvinti ir kurstytojo padėties.

Žr. *Preuß*, Obertribunal GA Bd. 7, 322, 337 „Rose-Rosahl" atvejis; *Backmann*, JuS 71, 113, 119; D-*Tröndle*, §26, Nr. 16; *Loewenheim*, JuS 66, 314; *Maurach-Zipf*, AT §23, Nr. 26; *Puppe*, pastabos NStZ 91, 124 ir GA 1984, 101, 120; Sch-Sch-*Cramer*, §26, Nr. 19.

Vadovaujantis šiuo požiūriu pradiniu atveju turėtų būti daroma išvada, kad A turi būti baudžiamas kurstęs nužudyti du žmones. T.y., antra W veika (F nužudymas) negalėtų būti vertinamas kaip W „ekscesas", už kurį A neturėtų būti kaltinamas (*Geppert*, Jura 92, 163, 168; *Streng*, JuS 91, 910, 915 su kitomis nuorodomis), nes kaip tik ši veika sutampa su tuo, ką W turėjo padaryti pagal A norą.

578 bb) Pagal literatūroje vyraujančią nuomonę, jei vykdytojas supainioja objektus, kurstytojo atžvilgiu esama *aberratio ictus*; pagal šią nuomonę kurstytoją reikia bausti tik kaip pasikėsinusį sukurstyti asmenį padaryti jo suplanuotą veiką (pagal aplinkybes sutapus veikoms su neatsargiu vykdymu). Tai pagrindžiant yra teigiama, kad vėlesnis veikos eigos nukrypimas nuo kurstytojo įsivaizduojamų tikslų bent jau pažeidžiant labai asmeniškus teisinius gėrius esminis yra jau tada, kai pagrindinis vykdytojas užpuola kitą asmenį ar kitą asmenį užpuola papildomai.

Pvz., *Baumann-Weber*, AT §37 I 3 c; *Bemmann*, MDR 58, 817 ir Festschr. für Stree/ Wessels, S. 397; *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, S. 63 ir toliau; *Jescheck*, AT §64 III 4; *Müller*, MDR 91, 830; *Otto*, JuS 82, 557, 562; *Roxin* pastabos JZ 91, 680 ir Spendel-Festschr., S. 289; *Schlehofer*, GA, 307; *Schreiber*, JuS 85, 783; SK-*Rudolphi*, §16, Nr. 30; *Stoffers*, JuS 93, 837.

Ši pozicija teoriniu požiūriu nors ir yra kažkiek pagrįsta, bet negali patenkinti, nes įstatymas baudžiamąją atsakomybę nustato tik už kurstymą padaryti nusikaltimą (§30 I), taigi baudžiamosios atsakomybės spragų atsiranda tada, kai pagrindinė veika yra tik nusižengimas. Pasiūlymas tokiu atveju bausti tik už kurstymą padaryti tą veiką, kurią buvo pasikėsinta įvykdyti (*Stratenwerth*, ATI, Nr. 287 ir Baumann-Festschr., S. 57, 66; SK-*Samson*, Nr. 56 prieš §26) neįtikina, nes užpuolus ne tą asmenį negali būti įžvelgiama pasikėsinimo užpulti (nesantį) reikiamą asmenį (plg. *Jescheck*, AT §63 III 4; LK-*Roxin*, §26, Nr. 97; SK-*Rudolphi*, §16, Nr. 30).

579 cc) Federalinis teismas vadinamuoju ūkio paveldėtojų atveju (BGHSt 37, 214) prisijungė prie anksčiau minėto Prūsijos Vyriausiojo Tribunolo 1859 m. sprendimo ir savo nuomonę, įterptą tarp vykdymo ir dalyvavimo, pagrindė taip:

Pagal §26 kurstytojas baudžiamas lygiai taip pat kaip ir vykdytojas; kurstytojas, paveikdamas vykdytoją, netiesiogiai kėsinosi į saugomą teisinį gėrį. Todėl kurstytojas iš principo įgyvendina tokį pat neteisėtumą kaip vykdytojas ir turi taip pat atsakyti. Dėl to norint vykdytojui nereikšmingą aplinkybę kurstytojo atžvilgiu vertinti kaip teisiškai reikšmingą, reikia ypatingo pateisinimo. Skirtingas valių kryptingumas tokio pateisinimo nepagrindžia. Nors kurstytojas ir negali būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn, kai pagrindinė veika iš esmės skiriasi nuo jo įsivaizdavimo, tačiau tai, kad vykdytojas su-

painioja asmenis, pagrindžia tik neesminį, teisiškai nereikšmingą nukrypimą, jeigu šis nukrypimas, vadovaujantis bendru gyvenimo patyrimu, dar yra numatytinas. Pagal vykdymo bendrininkavimo (kurstymo, padėjimo) normų sąsają gali būti manoma, kad kurstytojui neturi reikšmės tai, jog vykdytojas supainiojo auką. Tai, jog kurstytojas nenorėjo, kad konkreti veika įvyktų būtent taip, inkriminavimo tyčiai netrukdo.

Šiai Federalinio teismo pozicijai bet kuriuo atveju reikia pritarti tada, kai kurstytojas (kaip paprastai) yra pavedęs vykdytojui individualizuoti auką ir šis, įvykdydamas savo apsisprendimą padaryti veiką, siekė laikytis jam duotų instrukcijų ir nurodymų. Jeigu, pavyzdžiui, kurstytojas (kaip ūkio paveldėtojų atveju) apibūdina numatytą nužudyti asmenį pagal jo išvaizdą ir kitus konkrečius bruožus, tai vėlesnė įvykių eiga įvykio vietoje pagal esminius bruožus atitinka kurstytojo įsivaizdavimą, nes jis mano, kad sukurstytas asmuo užpuls ir nužudys tą asmenį, kuris atitinka apibūdinimą (*Sch-Sch-Cramer*, §26, Nr. 19). Jeigu vykdytojas, kuris bando elgtis tiksliai laikydamasis nurodymų, suklysta pasirinkdamas auką, tai kurstytojas privalo susitaikyti su tuo, kad jam bus inkriminuoti padariniai, jeigu supainiojimas, atsižvelgiant į esamas aplinkybes, dar yra numatytinas vadovaujantis bendra gyvenimo patirtimi (plačiau žr. *Geppert*, Jura 92, 163; *Mitsch*, Jura 91, 373; *Küper*, pastabos JR 92, 294; *Stratenwerth*, Baumann-Festschr., S. 57; *Streng*, JuS 91, 910; *Weßlau*, ZStW 104, 105).

580 Todėl pradiniu atveju A yra kaltas sukurstęs nužudyti (§212, 211, 26), nes J supainiojimas su F, atsižvelgiant į matomumą miške, pagal gyvenimo patyrimą nebuvo netikėtas. A turi būti inkriminuojamas ne tik F, bet ir J nužudymas, nes abu užpuolimai buvo vykdomi realizuojant A, kaip kurstytojo, sukeltą apsisprendimą įvykdyti veiką (pagal BGHSt 37, 214 čia esama „vieno" kurstymo nužudyti du žmones).

W įvykdyto nužudymo požymis „klastingai" gali būti priskirtas A pagal priklausomybės (akcesoriškumo) taisykles, t.y. tada, jei tai apėmė jo tyčia. Taip yra todėl, kad §211 II 2 grupėje vardijami su veika susiję neteisėtumo požymiai, kurių atžvilgiu §28 nėra taikomas (BGHSt 23, 103, 105; *Wessels*, BT/1, Nr. 125).

Priešingai teisės moksle vyraujančiai nuomonei, Federalinis teismas taiko §28 I, §28 II 1 grupėje vardijamus su kaltininku susijusius požymius. Tačiau kadangi čia kalbama tik apie grynus „kaltės požymius", tai jau iš §29 išplaukia tai, kad A turi būti baudžiamas iš „savanaudiškumo" sukurstęs nužudyti F pagal §212, 211 II 1-ą grupę (plg. *Wessels*, BT/1, Nr. 126; *Jescheck*, AT §42 III 2; *Küper*, ZStW 104, 559).

Lieka patikrinti, ar A, parūpindamas W ginklą, padėjo įvykdyti pagrindinę veiką.

581 5. Už padėjimą yra baudžiamas tas, kuris tyčia padeda kitam asmeniui įvykdyti tyčinę priešingą teisei veiką (§27). Nuo bendro vykdymo padėjimas skiriasi tuo, jog nesama veikos valdymo, padėjėjas tik skatina pagrindinę veiką, ją fiziškai ar psichiškai paremdamas (kaip, pavyzdžiui, parūpindamas įsilaužimo įrankį ar suteikdamas informaciją apie aukos įpročius, apie galimybę išjungti signalizaciją ir panašiai; plg. BGHSt 8, 390).

Apie psichinį padėjimą sustiprinti jau esamą apsisprendimą padaryti veiką žr. BGH StrVert 82, 517 ir 93, 357; *Sieber*, JZ 83, 431; *Stoffers*, June 93, 11. Psichinio padėjimo kons-

trukciją atmeta *Bloy*, JuS-Lernbogen 1994, L 69; *Hruschka*, JR 83, 177; SK-*Samson*, §27, Nr. 14, 15. Apie advokato riziką būti patrauktam baudžiamojon atsakomybėn dėl duodamų patarimų ir sutarties sudarymą žr. *Volk*, Betriebs-Berater 1987, 139; apriboja BGH NJW 92, 3047.

582 a) Padėjimas yra kiekvienas įnašas į veiką, įgaliojantis padaryti pagrindinę veiką ar palengvinantis jos padarymą, arba įnašas, kuriuo vykdytojo padarytas teisinio gėrio pažeidimas sustiprinamas. Padėjimas gali būti padarytas ir neveikimu, jei padėjėjas turi pareigą veikti tam tikru būdu (BGHSt 14, 229; BGH NStZ 85, 24; *Ranft*, ZStW 94, 815 ir 97, 268). Ginčytina yra tai, ar padėjėjo įnašas turi būti pagrindinės veikos sėkmės priežastis. Teisės moksle dažniausiai siūloma vadovautis bendromis priežastingumo taisyklėmis (išsamiau žr. *Jakobs*, AT 22/34; *Jescheck*, AT §64 IV 2 c). Tačiau teismų praktikoje pakankamu laikomas bet koks padėjimas, kuris kaip nors paskatino pagrindinę veiką, o tai, ar padėjimo poelgis pagrindinės veikos sėkmei buvo *condicio sine qua non*, neakcentuojama (BGH NStZ 85, 318; BGHZ 63, 124). Tokiai išvadai reikėtų pritarti: kadangi §27 baudžiamąją atsakomybę nustato jau už teikiamą pagalbą darant pagrindinę veiką ir vykdytojo sukelti padariniai neinkriminuojami padėjėjui kaip jo „kūrinys", todėl padėjėjo traukimas baudžiamojon atsakomybėn nebūtinai priklauso nuo veikos vykdymui reikalaujamo priežastingumo.

Asmuo, padėjęs vagiui į įvykio vietą atnešti veikai įvykdyti reikalingas kopėčias, turi būti baudžiamas už padėjimą padaryti vagystę netgi tada, kai yra nustatyta, kad vagis būtų galėjęs atsinešti kopėčias ir be kitų asmenų pagalbos (kitaip manoma remiantis tuo, jog rizika nepadidėja) (*Schaffstein*, Honig-Festschr., S. 169, 182). Tokiame daug kartų minėtame atvejyje padėjimo priežastingumas ir be to nekeltų abejonių, jeigu būtų tiksliai vadovaujamasi tikra įvykių eiga ir atsižvelgiama į tai, kad atmesti revizines priežastis (šiuo atveju – jeigu vagis niekieno nepadedamas pats būtų nešęs kopėčias) sprendžiant priežastinio ryšio klausimą yra negalimas (apie tai žr. Nr. 160; *Puppe*, ZStW 95, 287, 292).

Apie ginčą išsamiau žr. *Bloy* Beteiligungsform, S. 270 ir toliau; LK-*Roxin*, §27. Nr. 1 ir toliau; *Otto*, JuS 82, 557, 562; *Samson*, Peters-Festschr., S. 121; *Spendel*, Dreher-Festschr., S. 167; *Vogler*, Heinitz-Festschr., S. 295.

583 Pagalba nebūtinai turi būti teikiama vykdant veiką; pakanka padėti ruošiantis vėlesnės veikos padarymui (RGSt 58, 113). Padėjimas yra galimas nuo pagrindinės veikos darymo pradžios iki jos užbaigimo (BGHSt 6, 248, BGH JZ 89, 759; *Jescheck*, Welzel-Festschr., S. 697; *Küper*, JuS 86, 862; diferencijuoja *Kühl*, Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts, 1974, S. 80; atmeta LK-*Roxin*, §27, Nr. 35; *Rudolphi*, Jescheck-Festschr., S. 559); apie tokiu atveju būtiną padėjimo ir slėpimo atribojimą (§257) žr. BGHSt 4, 132 ir *Wessels*, BT/2, Nr. 746.

584 b) Padėjėjo tyčia turi apimti patį poelgį, kuriuo padedama, ir turi būti nukreipta į konkrečios, nors ir nebūtinai visai smulkiai konkretizuotos pagrindinės veikos atlikimą (BGH GA 1967, 115; NJW 82, 2453; BayObLG NJW 91, 2582; kritines pastabas žr. *Wolf*, JR 92, 428; aptarimą žr. *Wild*, JuS 92, 911). Taigi padėjėjas turi norėti paremti kito asmens daromą veiką ir turi tai suvokti. Turi būti realizuoti visi

asmeniniai „tyčia padarytos priešingos teisei veikos“ požymiai; pakanka, kad įsivaizdavimas apimtų tik esminį pagrindinės veikos neteisėtumo turinį (BGH NStZ 90, 501). Pavyzdžiui, padėdamas įvykdyti veiką tyčios neturi B, kuris padeda A pavogti gyvulį, klaidingai manydamas, kad A turi neabejotiną teisę pasisavinti iš E ganyklos jauną bulių (§16 I 1; plg. *Wessels*, BT/2, Nr. 187). Be to, padėjėjas turi bent jau suvokti ir atsižvelgti į tai, kad jo poelgis, kuriuo padėdamas palengvina vykdytojui vykdyti veiką ir skatina ją atlikti (BGH MDR 90, 293). Padėjėjo traukimo baudžiamojon atsakomybėn prielaida taip pat yra pagrindinės veikos, kurią daryti buvo padedama, įvykdymas ar bent jau pasikėsinimas padaryti šią veiką, kai yra galima baudžiamoji atsakomybė.

585 Būtina kruopščiai atriboti padėjimą pasikėsinti padaryti veiką ir pasikėsinimą padėti, už kurį net ir nusikaltimų atveju nėra baudžiama. Pavyzdžiui, nebaudžiamas pasikėsinimas padėti yra tuomet, kai vykdytojas atsisako pasiūlytos pagalbos arba kai vykdytojui išsiunčiamas vagystei reikalingas padirbtas raktas, tačiau vykdytojas jį gauna tik įvykdęs veiką. Tuo atveju, kai vagis nepasinaudoja padėjėjo padirbtu raktu (pavyzdžiui, todėl, kad vagis įlipa pro langą, ar raktas pasirodo esąs netinkamas, ar durys, priešingai nei buvo tikėtasi, buvo neužrakintos), tai atsižvelgiant į konkrečią situaciją turi būti tikrinama, ar tai yra paprastas pasikėsinimas padėti, ar tai yra padėjimas pasikėsinant įvykdyti vagystę, ar pagal aplinkybes tai yra psichologinė pagalba įvykdytoje vagystėje (plg. RGSt 6, 169; 58, 113; *Dreher*, MDR 72, 553; *Otto*, JuS 82, 557; LK-*Roxin*, §27, Nr. 7 ir toliau).

586 Pradiniu atveju A yra kaltas dėl (poelgiu padaryto) padėjimo nužudant J ir F. Tačiau padėjimas, kaip silpnesnė bendrininkavimo forma, pagal subsidiškumą užleidžia vietą sunkesnei bendrininkavimo formai – kurstymui (plg. RGSt 62, 74; BGH NStZ 94, 29).

587 6. Apie būtiną bendrininkavimo būtinybę kalbama tuomet, kai veikos sudėtis yra taip suformuluota, jog jos įvykdymo būtina prielaida – tai kelių asmenų dalyvavimas veikos daryme, pvz., lytinis giminaičių santykiavimas (§173), seksualinis piktnaudžiavimas globotinių atžvilgiu (§174) ir t.t.

Jei turimi omenyje vadinamieji „priešpriešiniai deliktai“, kai vienas jų dalyvis yra kaltininkas, o kitas – auka, tai tokios veikos dalyvis, kuriam įstatymas nenumato bausmės, lieka nebaudžiamas, jeigu jis neperžengia vadinamojo būtino bendrininkavimo ribų, o jeigu atsitinka ir tai – tai nebaudžiamas jis lieka tada, kai baudžiamoji nuostata kaip tik yra skirta jam apsaugoti (plg. RGSt 65, 416; BGHSt 10, 368; *Jescheck*, AT §64 VI; *Wolter*, JuS 82, 343). Pagal §174 I 1 mokinė net ir tuo atveju lieka nebaudžiama, kai pati sukursto mokytoją seksualiniam veiksmui. Išsamiau žr. LK-*Roxin*, Nr. 32 ir toliau prieš §26 su kitomis nuorodomis; kritiką žr. *Gropp*, Deliktstypen mit Sonderbeiteiligung, 1992, S. 14 ir toliau.

588 7. Laisvai pasirinkti vykdymą ir kurstymą ar padėjimą dėl jų skirtingo neteisėtumo turinio negalima. Tačiau atsižvelgiant į vykdymo, kurstymo ir padėjimo sunkumo laipsnį galima teigti, kad yra vadinamasis santykis „nuo didesnio prie mažesnio“ ir kad vertinamuoju požiūriu tarp jų yra norminis pakopinis santykis. Vadinasi, vadovaujantis *in dubio pro reo* principu, turi būti baudžiama už švelnesnę bendrininkavimo formą (pvz., už kurstymą vietoj bendravykdymo ar už padėjimą vietoj kurstymo), kai negalima nustatyti, ar konkrečioje veikoje dalyvaujantis asmuo buvo vyk-

dytojas, kurstytojas ar padėjėjas, tačiau kai yra įrodyta, kad bent jau šio asmens elgesys atitinka ne tokią sunkią bendrininkavimo formą (išsamiau žr. BGHSt 31, 136; 23, 303).

Teismų praktikoje tokiu atveju yra remiamasi (metodiškai tai galima kritikuoti) atitinkamu principu – *in dubio pro reo* taikymu (BGHSt 31, 136; 23, 303), teisės mokslas leidžia tai taikyti tiesiogiai (plg. *Baumann*, pastabas žr. JZ 83, 116; *Dreher*, MDR 70, 369; *Jescheck*, AT §16 II 2; *Otto*, Peters-Festschr., S. 373); kritiką žr. *Hruschka*, JR 83, 177.

§14. PASIKĖSINIMAS, ATSISAKYMAS PASIKĖSINTI IR AKTYVI ATGAILA

589 Keturioliktasis atvejis. A ir keistuolis B yra susipykę. Vieną vakarą A visrakčiu atsirakina pastatą, kuriame gyvena B. B tuo metu yra išvykęs. A ant lentynos, pritvirtintos prie sienos, padeda benzinu sumirkytą skudurą ir jį padega. Tačiau A žmona F, paslapčia atsekusi paskui A, maldauja A neprisišaukti nelaimės, ir A, bijodamas bausmės, persigalvoja. Savo žmonos F padedamas, jis greitai atneša kelis kibirus vandens ir užgesina ugnį dar nespėjus nuo liepsnojančios lentynos užsidegti sienai.

a) Ar A turi būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn?

b) Ar pasikeistų sprendimas, jei prieš užgesinant ugnį būtų spėjusi užsidegti ir palangė?

I. Tyčinės veikos padarymo stadijos ir patraukimas baudžiamojon atsakomybėn už pasikėsinimą

590 1. Kiekviena daroma tyčinė baudžiamoji veika pereina kelias jos vykdymo stadijas. Tarp kaltininko apsisprendimo padaryti veiką ir jos užbaigimo yra tam tikros stadijos: kaip rengimasis padaryti veiką, veikos darymo pradžia, veikos sudėtyje numatyto poelgio pabaiga ir padarinių atsiradimas.

Atskiro asmens apsisprendimo padaryti veiką formavimosi baudžiamoji teisė nenagrinėja (kitaip, pvz., yra susitarimo nusikalsti pagal §30 II atvejais). Paprastai nėra baudžiama ir už rengimąsi padaryti veiką, o baudžiamoji atsakomybė už tai gresia tik išimtiniais atvejais (pvz., §83, 98, 149, 234 a III).

Tačiau už pasikėsinimą padaryti nusikaltimą baudžiamoji atsakomybė atsiranda visada, o už pasikėsinimą padaryti nusižengimą – konkrečiai nustatytais atvejais.

591 Rengimosi ir pasikėsinimo atribojimas yra svarbus sprendžiant traukimo baudžiamojon atsakomybėn už atitinkamą elgesį klausimą, o pasikėsinimo ir baigtinės nusikalstamos veikos atribojimas – svarstant, ar nebuvo nuo bausmės atleidžiančio savarankiško atsisakymo pabaigti veiką (§24). Yra svarbu skirti formalų veikos padarymą ir materialų teisinio gėrio pažeidimo įvykdymą, nes šiame po veikos sudėties įvykdymo esančiame etape dar gali būti realizuoti veikos sudėties kvalifikuo-

jamieji požymiai (BGHSt 20, 194, 197; 22, 227, 228), be to, tik šioje stadijoje gali prasidėti bendrininkavimas (ypač padėjimas, žr. BGHSt 6, 248, 251; 14, 280, 282; 19, 323, 325; priešingą nuomonę žr. *Rudolphi*, Jescheck-Festschr., S. 559, 568), o ir senatis pagal §78a prasideda tik pažeidus materialius teisinius gėrius (BGHSt 27, 324; 28, 371, 379).

592 Apibendrinamai ir visais atvejais tinkamai atsakyti į klausimą, kokiose baudžiamosiose veikose po veikos sudėties realizavimo dar būna „baigimo fazė", neįmanoma. Stadijos, einančios po veikos sudėties realizavimo, buvimo galimybė, specifika ir ribos priklauso nuo tam tikro delikto struktūros, konkretaus poelgio pasireiškimo ir konkrečios baudžiamosios veikos sudėties, su kurios prasme ir tikslais baigimo sąvoka turi būti suderinta (plačiau žr. *Jescheck*, Welzel-Festschr., S. 683; *Küper* JuS 86, 862 ir JZ 81, 209, 251). Didelę praktinę reikšmę baigimo momentas turi trunkamųjų deliktų (§239) ir deliktų, kuriuose baigtinumo momentas yra „iškeltas į priekį" (pvz., §242, 249, 253, 255, 263 – vadinamieji „ketinimų deliktai"), atvejais. Ta aplinkybė, kad veikos baigimas ir jos baudžiamumas šiais atvejais pasireiškia labai anksti, jokiu būdu nereiškia, kad tuojau po to einantis veikos baigtinumo etapas, kuris dalykiškai dar priklauso veikos sudėties neteisėtumui, ir yra kėsinimosi į teisinius gėrius realizavimo dalis, turi būti nebaudžiamas. Įstatyminis draudimas ir atitinkama baudžiamoji sankcija visada yra susiję su visa delikto įvykių eiga, pasireiškiančia per veikos sudėties formą. Kolizijos su Konstitucijos 103 str. 2 d. nereikia bijoti, kol veikos baigtinumo momentui „nėra priskiriami bet kokie" ir veikos sudėčiai visai nepriklausą veiksmai bei veikos padariniai. Antra vertus, mokymui apie veikos baigtinumą perdėtai siejantis su įstatymo tekstu negalima nustatyti per siaurų ribų, nes baigtinumo momentas neturi būti formaliai apibrėžtas baudžiamosios veikos sudėtyje. Šį momentą tik materialiai apima baudžiamosios veikos sudėties pagrindu nustatyti draudimai, todėl šis momentas atrodo kaip veikos sudėčiai tipiško neteisėtumo įvykdymo sudedamoji dalis (kai kurie autoriai tai ginčija; išsamiau žr. *Kühl*, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, JuS 82, 110, 189; LK-*Vogler*, Nr. 35 prieš §22).

593 *Pavyzdys*. Mirtinas smūgis (§212) suduotas ir užbaigtas nužudant auką; jokios stadijos po veikos sudėties įvykdymo čia negali būti. Asmuo, kaltininkui padėjęs užkasti lavoną, negali būti kaltinamas padėjimu (§27, 212), tačiau pagal aplinkybes gali pažeisti §257, 258 I. Kai atimama laisvė (§239) užrakinant ar kitaip atimant asmeniui laisvę judėti, viskas baigiasi tik tada, kai auka vėl atgauna laisvę (BGHSt 20, 227, 228). Vagystei (§242) atlikti pakanka tik paimti svetimą daiktą turint ketinimą jį pasisavinti, t.y., kai pasikeičia daikto valdytojas, pažeidžiami vieno valdytojo interesai ir atsiranda kitas valdymas (išsamiau žr. *Wessels*, BT/2, Nr. 99 ir toliau). Veika yra baigta tik tuomet, kai kaltininkas daikto valdymą kažkaip sustiprina ir labiau užtikrina (BGH JZ 88, 471). Vėliausiai tai atsitinka tuomet, kai vagis paimtą daiktą atsineša į savo butą, atiduoda jį pažįstamiems ar padeda kokioje nors kitoje slėptuvėje. Tačiau mažų, lengvai kilnojamų daiktų (pinigų, papuošalų ir t.t.) vagystės atveju veikos baigtinumui gali pakakti ir to, kad vagis paliko kito asmens valdas (išsamiau žr. BGH VRS 60, 294). Plėšimas (§249) gali būti laikomas baigtu ir tada, kai persekiojamo plėšiko nesaugioje slėptuvėje padėtas daiktas surandamas ir atiduodamas teisėtam savininkui, kadangi tuo saugomo teisinio gėrio pažeidimas faktiškai baigiasi ir toliau jau negali būti pakenkta (BGH JZ 85, 299; *Küper*, JuS 86, 862). Jeigu autoįvykio, kurio niekas nematė, sukėlėjas greitai pasišalina iš įvykio vietos, tai §142 I Nr. 1 pažeidimas yra įvykdytas ir kartu baigtas, nes sukėlėjas jau nutolo nuo įvykio vietos tiek, jog jo ryšio su autoįvykiu neįmanoma iš karto nustatyti (plg. OLG Stuttgart NJW 87, 878); esant tokiai situacijai tolstant nuo įvykio vietos didėjantis atstumas nėra svarbus sprendžiant autoįvykio sukėlėjo baudžiamumo klausimą. Tačiau ki-

taip esti tuo atveju, jei iš įvykio vietos sprunkantį autoįvykio sukėlėją persekioja liudytojai ir jam kyla grėsmė būti sugautam. Šiuo atveju §142 I Nr. 1 pažeidimas yra tik tuomet baigtas, kai autoįvykio sukėlėjas pabėga nuo persekiotojų (pvz., su juo kartu važiuojančio asmens manymu, = §27, 142 I Nr. 1 saugiai pasislepia požeminiame garaže; tiksliau žr. *Küper*, JZ 81, 209, 251, 254).

594 2. Priešiškos teisei valios pasireiškimas, priešingas visuomenės teisinei sąmonei ir galintis pakenkti teisinei santarvei – tai pagrindas kaltą asmenį patraukti baudžiamojon atsakomybėn už pasikėsinimą.

Tai vyraujanti „maišyta subjektyvi-objektyvi teorija", plg. BGHSt 11, 324; *Jescheck*, AT §49 II 3; *Roxin*, JuS 79, 1; *Sch-Sch-Eser*, Nr. 22 prieš §22). Panašiai mano *Berzas* (Rechtsgüterschutz, S. 44), kurio nuomone, traukti baudžiamojon atsakomybėn už pasikėsinimą, vadinasi, reaguoti į idealaus teisinio gėrio pažeidimą.

II. Pasikėsinimo veikos sudėtis

Keturioliktu a atveju A galėjo realizuoti kvalifikuoto padegimo (§306 Nr. 2) veikos sudėtį; B pastatas – „pastatas", kuriame gyveno žmonės (išsamiau žr. BGHSt 6, 107; 16, 394). Tačiau kyla klausimas, ar „padegimas" buvo įvykdytas, ar buvo tik pasikėsinta jį įvykdyti.

595 Pasikėsinimu vadinamas apsisprendimo įvykdyti baudžiamąją veiką įgyvendinimas, pasireiškiantis poelgiais, kuriais tiesiogiai įgyvendinama įstatyme nustatyta veikos sudėtis, tačiau iki galo jie nėra vykdomi. Pasikėsinimui būdinga tai, kad visiškai įvykdžius veikos sudėties prielaidas, nėra objektyvios neteisėtos veikos sudėties (BGHSt 36, 221; BGH BStZ 85, 501). Būtini trys esminiai elementai: tai, kad jau apsispręsta įvykdyti veiką, kad veikos sudėtis pradedama tiesiogiai realizuoti ir kad veika neatliekama iki galo.

596 1. Kiekvieno pasikėsinimo pagrindas – tai apsisprendimas padaryti veiką. Šis subjektyvus neteisėtumo elementas apima visus objektyvius veikos sudėties požymius, tyčios kryptingumą ir kitus subjektyvius veikos sudėties požymius (pvz., specialūs „ketinimai" §242, 249, 253, 259, 263).

Visiškai kitaip nei senos redakcijos §43, dabartinės redakcijos §22 pateikiant pasikėsinimo apibrėžimą apsisprendimas įvykdyti tam tikrą baudžiamąją veiką nėra aiškiai minimas. Tačiau dėl to iš esmės niekas nepasikeitė, nes naujoje įstatymo redakcijoje yra gana aiškiai pasakyta, kad „padėjimas tiesiogiai realizuoti veikos sudėtį" yra įmanomas tik apsisprendus įvykdyti veiką.

Padaryti veiką turi būti apsispręsta galutinai. Tuo atveju, kai sprendimas daryti veiką dar nėra galutinai priimtas, reikalaujamo apsisprendimo įvykdyti veiką dar nesama (plg. BGH StrVert 87, 528; GA 1956, 33; *Jakobs* AT 25/29; *Schmidt*, ZStW 74, 48); kitaip yra tuo atveju, kai veikti apsispręsta iš anksto, ir veikimo pradžia priklauso tik nuo tam tikrų sąlygų (BGHSt 12, 306; KG GA 1971, 54). Jei deliktui iki galo atlikti pakanka eventualios (netiesioginės) tyčios, tai taip pat yra ir pasikėsinimo atveju (RGSt 61, 159; *Pahlke*, Rücktritt bei dolus eventualis, 1993, S. 22 ir toliau; kitą nuomonę žr. *Bauer*, wist-

ra 91, 168). Klaida dėl veikos sudėties §16 I 1 prasme kartu su tyčia pašalina ir apsisprendimą įvykdyti veiką subjektyvios pasikėsinimo veikos sudėties prasme.

Apie tai žr. *Struensee*, Gedschr. für Armin Kaufmann, S. 523, kuris nesutinka su besąlygišku apsisprendimo ir subjektyvios pasikėsinimo veikos sudėties sulyginimu. Pagal jį vidiniai subjektyvi sąsaja tarp apsisprendimo ir valios akto lemia tai, kad esant nebaigtam pasikėsinimui (atsižvelgiant į kaltininkui suvokiamą įvykdymo deficitą) ir subjektyvi veikos sudėtis nėra visai užbaigta.

597 2. Objektyvų pasikėsinimo neteisėtumo elementą sudaro tiesioginis padėjimas realizuoti veikos sudėtį, kuriai pabaigti yra nukreipta kaltininko tyčia. Pasikėsinimą atriboti nuo rengimosi dažniausiai nėra problemiška, jei kaltininkas jau pats yra pradėjęs realizuoti veikos sudėtį, pvz., „pasisavinimą" (§242) ar „apgaulę" (§263), nukreipus sukelti neteisingą suvokimą apie disponavimą turtu (plg. BGHSt 37, 294; OLG *Karlsruhe* NJW 82, 59; kritiką žr. *Burkhardt*, JuS 83, 426; *Küper*, JZ 92, 338 su tolesnėmis nuorodomis). Tačiau pasikėsinimą nuo rengimosi yra sunku atriboti tais atvejais, kai aktyviai veikiama dar prieš pradedant vykdyti veikos sudėtyje numatytą poelgį.

a) Pagal senąją formaliai objektyvią teoriją veikos vykdymo pradžia griežtai galėjo būti laikoma tik „veikos sudėtį atitinkančio poelgio" pradžia (RGSt 70, 151, 157).

b) Materialiai objektyvios teorijos pasikėsinimo sričiai priskirdavo visus veikos aktus, susijusius su veikos sudėtyje numatytu poelgiu ir natūraliai (= objektyviai) suvokiant atrodė tarsi šio poelgio sudedamosios dalys (*Frank*, StGB, §43 II b) ar kuriais „tiesiogiai buvo kėsinamasi į saugomą poelgio objektą" (plg. RGSt 53, 217; 54, 182; 59, 386; BGHSt 2, 380; 6, 98; 20, 150; 22, 80).

c) Abejonių kėlė plati subjektyvios teorijos (žr. RGSt 72, 66; BGHSt 6, 302) samprata. Ji rėmėsi ne objektyviu požiūriu, o vien tik kaltininko įsivaizdavimu, ir tai iš esmės išplėtė traukimo baudžiamojon atsakomybėn už pasikėsinimą sampratą.

d) Vyraujanti nuomonė vadovavosi „maišyta subjektyvia-objektyvia teorija", kuri rėmėsi kaltininko įsivaizdavimu ir tiesioginiu kėsinimusi į saugomos veikos objektą bei derino subjektyvius ir objektyvius kriterijus.

598 Ši vyraujanti nuomonė atitinka įstatymo §22 numatytą apibrėžimą: įvykdyti baudžiamąją veiką kėsinasi tas, kuris pagal savo įsivaizdavimą apie veiką tiesiogiai imasi realizuoti veikos sudėtį (BGH JZ 59, 28; BGHSt 24, 72). Nepakanka tik pradėti realizuoti apsisprendimą įvykdyti veiką. Būtinas toks elgesys, kuris pats gali ir neatitikti veikos sudėties, bet pagal bendrą kaltininko planą turi būti taip glaudžiai susijęs su veikos sudėties įvykdymu, kad niekieno netrukdomas šis elgesys tiesiogiai turi padėti įvykdyti visą baudžiamąją veikos sudėtį (plg. BGHSt 31, 178). Tai, ar ši §22 prielaida tam tikru atveju įvykdoma, turi būti sprendžiama objektyviai vertinant, ar konkreti veikos tyčia (= kaltininko įsivaizdavimas apie veiką) sudaro pagrindą vertinti subjektyviai (plg. BGH NStZ 89, 473). Priklausomai nuo veikos sudėties pobūdžio, netiesiogiai „veikos pradėjimo" artumą veikos sudėčiai ir būtiną jų „glaudų ryšį" gali įrodyti tai, kad kaltininko pradėta priežastinė seka pagal jo

įsivaizduojamą veikos eigą, niekieno netrukdoma ir be esminių tarpinių aktų turi peraugti į konkretų veikos sudėties poelgį su padariniu, t.y., kaip įsivaizduoja kaltininkas, užpuolant būtų pažeistas konkretus objektas (plg. BGHSt 30, 363; 31, 178; BGH StrVert 89, 526; NStZ 87, 20).

Išsamiau žr. BGHSt 26, 201; su pastabomis *Otto*, NJW 76, 578 ir *Gössel*, JR 76, 249 (= degalinės atvejis); BGHSt 31, 10 (= slapto raštelio atvejis) ir 31, 178 (= maklerio atvejis). Apie netinkamą pasikėsinimą žr. BGH NStZ 95, 120. Plačiau žr. *Berz*, Jura 84, 511; *Burkhardt*, JuS 83, 426; *Kratzsch*, JA 83, 420, 578; *Kühl*, JuS 79, 718 ir 80, 120; *Küper*, JZ 79, 775 ir 92, 338; *Roxin*, JuS 79, 1; *Walder*, SchwZStr 99, 225).

599 Kritiką žr. LK-*Vogler*, §22, Nr. 35 ir toliau. Jis reikalauja veikos sudėtį vykdyti specifiškai, kad toks įvykdymo gramatinis ir dalykinis aiškinimas leistų jį priskirti atitinkamai veikos sudėčiai; veikos pradėjimo glaudumas §22 prasme gali būti nustatytas tik tuomet, kai jau įvykdytos veikos ir tikro veikos sudėtyje nustatyto poelgio „neatskiria jokie kiti daliniai aktai" (taip pat mano *Vogler*, Festschr. für Stree/Wessels, S. 285, 292). Tačiau šie reikalavimai per daug susiaurina pasikėsinimo sritį; vadovaujantis vien tik dalinių aktų teorija ne visada galima teisingai nuspręsti.

Dalis teisės mokslo teorijos toliau orientuojasi į anksčiau teisėje išplėtotą koncepciją, kuri svarbiausiu dalyku laikė tai, kad pakenkiama tokioje stadijoje, kurioje, kaltininko požiūriu, tam tikras teisinis gėris jau atrodo esąs pažeistas (*Otto*, JA 80, 641; *Sch-Sch-Eser*, §22, Nr. 42). Tačiau remiantis šiuo požiūriu negalima pamiršti, kad norint nustatyti, ar yra pasikėsinta, atsižvelgiant į įstatyminį §22 apibrėžimą grynai objektyvaus saugomo teisinio gėrio pažeidimo nepakanka norint nustatyti, ar yra pasikėsinimas (BGHSt 35, 6; BGH NStZ 89, 473).

600 Paprastas rengimosi poelgis yra toks, kuris turi tik sudaryti sąlygas ar palengvinti (vėlesniam laikui suplanuotos) veikos įvykdymą, pavyzdžiui, susirasti ginklą, paruošti veikos priemones, rinkti informaciją apie numatytą įvykio vietą, ištirti šią vietą ir į tą vietą nugabenti veikos įrankius (BGHSt 28, 162; 40, 208; BGH NStZ 81, 99 ir 89, 473).

601 Pasikėsinimą padaryti nužudymą (§212) turime ne nuo tada, kai šaunama ginklu, o paprastai tada, kai ginklas nukreipiamas į auką, į ją taikomasi (RGSt 77, 1; BGH NStZ 93, 133). Jeigu auka yra užsibarikadavusi nuo ginkluoto asmens kambaryje, tai jau buto durų išlaužimas gali būti vertinamas kaip tiesiogiai pradedamas įgyvendinti ketinimas nužudyti (BGH NStZ 87, 20). Laukimo siekiant nužudyti ar apiplėšti atveju rengimosi ir pasikėsinimo riba peržengiama tik tada, kai laukiamoji auka (bent jau pagal laukiančiojo įsivaizdavimą) artinasi prie pasalos vietos, t.y. patenka į tiesioginio pavojaus zoną ir kaltininkas, griebdamasis ginklo (RGSt 68, 336 ir 339) ar kitu būdu, pradeda pulti tam naudodamas tam tikras priemones (plg. BGH GA, 1953, 50; NJW 54, 567; StrVert 89, 526; per plačiai BGH NJW 52, 514 = pipirų maišelių atvejis su atmetančiomis pastabomis *Mezger*; BGH MDR 66, 725 pas *Dallinger*). Aukos kūnui daromas poveikis, norint vėliau ją nužudyti, yra pasikėsinimas, jei atskiri poelgio aktai, atitinkantys veiklos planą, yra vieningos įvykių sekos neatskiriamos dalys (RGSt 59, 157: vaiko apsvaiginimas, kad vėliau, jam netekus sąmonės, perpjautų arteriją). Tais atvejais, kai reikia ilgesnio laiko, kad veikos padarymo priemonės suveiktų (bomba su laikrodiniu sprogdikliu), arba kai padariniai gali atsirasti bet kuriuo momentu (gėrimo, kurį kitas asmuo kartkartėmis ir geria, užnuodijimas), pasikėsinama nužudyti tada, kai kaltininkas pradeda tiesioginį užpuolimą sudarančią priežastinę seką, tolesnę įvykių eigą išleidžia iš rankų (plg. *Roxin*, JuS 79,1).

602 Pasikėsinimas padaryti vagystę (§242) – tai visi poelgiai, kuriais kėsinamasi į svetimą turtą; šie poelgiai numatytu laiku ir numatytoje vietoje turi būti baigti pasisavinant šį svetimą turtą (RGSt 53, 217; kieme esančio šuns nuvedimas į šalį, kad lengviau būtų padaryti vagystę; BGH MDR 58, 12 pas *Dallinger;* kišenvagis transporte apčiupinėja keleivių drabužius). Federalinio teismo sprendime (BGH MDR 85, 627 ir pas *Holtz*) apie tai, pavyzdžiui, yra sakoma: „Vagystės iš labai seno nukentėjusiojo buto padarymas gali būti nulemtas to, kad A su bendravykdytojais apgaule priverčia nukentėjusįjį nesąmoningai išduoti, kur saugomi daiktai, kuriuos norima pavogti. Čia kėsinimasis į svetimą valdymą kiekvienu atveju prasideda tuo, kad siekiama patekti į patalpą. Taip tiesiogiai buvo pradėtas vykdyti apsisprendimas padaryti vagystę BK §22 prasme. Tradiciniais kvalifikuotos vagystės atvejais (§243) daugiausiai reikšmės teikiama tam, ar nuo pradžių esant sunkinančioms aplinkybėms tiesiogiai pradedama realizuoti pagrindinė veikos sudėtis (§242) (išsamiau žr. *Wessels*, Maurach-Festschr., S. 295, 305 ir BT/2, Nr. 202; apie tai žr. *Degener*, Festschr. für Stree/Wessels, S. 305). Dažniausiai tai yra patvirtinama pradėjus įsilaužimą, lipimą, lindimą ar įsibrovimą naudojantis padirbtu raktu (pvz., RGSt 43, 332; 54, 35 ir 254; 70, 201; kai kuriais atvejais (RG 7, 341 ir RG GA Bd. 44, 143) „betarpiškumą" reikėtų paneigti, nes čia įsigyjant grindinių ar perdengimo lentų, buvo tik ruošiamasi įvykdyti planuojamą vagystę; išsamiau žr. *M.Becher*, Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, Diss. Münster 1973, S. 90).

603 Plėšimo atveju (§249) pasikėsinimas prasideda jau tiesiogiai pradėjus daryti §249 išvardytus prievartos veiksmus, jeigu šie turi tiesiogiai nulemti suplanuotą pasisavinimą (plg. BGH NJW 80, 1759). Ir atvirkščiai, paprastam pasisavinimui būtina prielaida yra pačių veiksmų pradėjimas (pvz., įlipimas su galima tyčia apiplėšti). Iš to atsiranda tai, kad specifinį plėšimo neteisėtumo turinį – plėšimą – lyginant su vagyste pirmiausiai nulemia prievartos panaudojimas (plg. BGHSt 3, 297; BGH MDR 75, 21 pas *Dallinger*; KG GA 1971, 54; Kühl, JuS 80, 509).

604 Pasikėsinimas duoti melagingus parodymus (§154) prasideda ne duodant melagingus parodymus, bet jau duodant priesaiką (plg. BGHSt 31, 178, 182). Reikalavimas, kad liudytojas duotų melagingus parodymus kaltinamojo naudai ar susitarimas arba garantija, kad tokie parodymai bus duodami, dar nereiškia, kad kėsinamasi slėpti nusikaltimą (§258 I, IV). Tokiais atvejais rengimosi ir pasikėsinimo riba paprastai yra peržengiama pradėjus duoti melagingus parodymus (BGHSt 31, 10; *Lenckner*, NStZ 82, 401; kritiką žr. *Beulke*, pastabas žr. NStZ 82, 330).

605 Tikros kvalifikuotos veikos sudėtys (pvz., §124, 223 a, 244, 250, 307) nenulemia galimybės išplėsti pasikėsinimo sritį, jos nesiejant su pagrindinės veikos sudėtimi. Patvirtinti, kad kėsinamasi pradėti kvalifikuotos veikos sudėties poelgį (pvz., gesinimo įrankių sugadinimo pagal §307 Nr. 3), galima tik tuomet, jei iš karto po jo būtų vykdoma pagrindinė veikos sudėtis (plg. *Laubenthal*, JZ 87, 1065; *Roxin*, JuS 79, 1; SK-*Rudolphi*, §22, Nr. 18; *Stree*, Peters-Festschr., S. 179; žr. BGHSt 31, 178, 182 ir *Küper*, JZ 92, 338).

606 Nepaisant visų pastangų patikslinti §22 sunormintus pasikėsinimo požymius, turi būti aiškiai suvokiama, kad nėra jokios stebuklingos formulės, kuri kiekvienu konkrečiu atveju garantuotų neabejotiną rengimosi ir pasikėsinimo atribojimą. Teismų praktika bei teisės mokslas, atsižvelgdami į baudžiamųjų teisės pažeidimų ir jų įvykdymo formų įvairovę, turi pasitenkinti tuo, kad skirtingoms atvejų grupėms nustato pagrindines gaires. Tai darant būtina siekti, kad kuo labiau būtų atsižvelgiama į įstatymo prasmę ir tikslus. Būtina atsižvelgti į tai, kad pagal įstatymo leidėjo išreikštą valią nauja §22 redakcija turėjo už-

kirsti kelią ankstesnėje praktikoje įsigalėjusiai tendencijai per plačiai baudžiamojon atsakomybėn traukti už pasikėsinimą, todėl ginčytinais atvejais pirmenybė teiktina siauresniam (restruktyviniam) įstatymo aiškinimui.

Tai, kokią reikšmę atskirą atvejį vertinant bendrai turi konkretus veikos planas, pradėjimo poelgio artumas veikos sudėties realizavimui erdvės ir laiko požiūriu, būtinybė įveikti kitas kliūtis apsisprendžiant įvykdyti veiką, konkretaus pažeidimo, kaltininko požiūriu, padarymas užpultam objektui ir panašūs dalykai, parodo iki šiol priimti pavyzdiniai teismų sprendimai esant skirtingoms situacijoms: kaltininkai, norėdami įvykdyti suplanuotą plėšimą, prievartavimą, susijusį su smurtu, ar nužudymą, nesėkmingai skambino į svetimas duris. Pasikėsinimą įvykdyti tam tikrą deliktą galima įžvelgti tik tada, kai kaltininkai, būdami apsirūpinę užtaisytais ginklais, laukė, kol viduje esantys namo gyventojai atidarys duris ir iš karto jiems atidarius norėjo pulti (BGHSt 26, 201; BGH NStZ 84, 506). Ir priešingai, skambinimas į duris buvo vertinamas tik kaip rengimasis padaryti veiką tuomet, kai buvo planuojami kiti įvykiai, t.y., kai kaltininkai neketino užpulti iš karto atidarius duris, o tai padaryti norėjo vėliau, arba kai daugiabučiame name nuo namo durų dar reikėjo nueiti iki aukos buto ir po to dar pasirūpinti, kad jiems būtų atidarytos ir buto durys (BGH StrVert 84, 420; KG GA 1971, 54).

607 1986-08-26 sprendime Federalinis teismas (NStZ 87, 20) teismų praktiką dėl §22 taikymo apibendrino taip: „Rengimosi ir pasikėsinimo riba peržengiama ne tik tada, kai kaltininkas realizuoja veikos sudėtį, bet jau tada, kai jis imasi daryti tai, kas pagal jo veikos planą turi būti atlikta prieš realizuojant veikos sudėtį ir kas tiesiogiai turi pereiti į veikos sudėties poelgį bei dėl to (kaltininko požiūriu) kyla konkretus pavojus saugomam teisiniam gėriui. Pagal tai pasikėsinimo stadija apėmė poelgius, kurie, jei neatsiras trukdžių, tiesiogiai prives prie veikos sudėties įvykdymo, arba kurie erdvės ar laiko prasme yra tiesiogiai susiję su veikos sudėties įvykdymu. Tai yra atvejis, kai kaltininkas subjektyviai peržengia „dabar bus pradedama“ ribą, o objektyviai pradeda veikos sudėtį atitinkantį užpuolimą taip, kad jo veikimas be (esminių) tarpinių aktų turi peraugti į veikos sudėties realizavimą.“

608 3. Baudžiamoji veika, kurią buvo ketinta padaryti, iki galo gali būti neįvykdyta. Pagal čia atstovaujamą požiūrį (Nr. 598) deliktas nėra baigtas, jei nėra objektyvios neteisėtumo veikos sudėties arba ji nėra iki galo įvykdyta.

Tai, kokių trūkumų turi objektyvi veikos sudėtis, nesvarbu. Šiais trūkumais gali būti ir tai, kad nerealizuojami atskiri veikos sudėties požymiai ir neatsiranda veikos sudėties padarinių arba jei negalima objektyviai priskirti nors ir atsiradusių, bet netipiškos priežastinės eigos sukeltų padarinių. Tas, kas anksčiau minėtais atvejais pagal teismų praktiką nuneigia ne objektyvų inkriminavimą, o tik tyčią, motyvuodamas klaida dėl priežastinės eigos (apie tai žr. Nr. 182, 199 ir 258 ir toliau), privalo, remdamasis tuo, bandyti pagrįsti, kad veika nėra baigta, ir taip tikrinti, ar kaltininkui pradėjus vykdyti veikos sudėtį galima įžvelgti pasikėsinimą padaryti aptariamą veiką (plg. *Sch-Sch-Eser*, §22, Nr. 7; apie tai žr. *Frish*, Zurechnung, S. 15, Nr. 32).

609 Keturioliktuoju a atveju klausimas apie §306 Nr. 2 delikto baigimą priklauso nuo to, ar padegant lentyną kartu buvo padegtas ir „pastatas“.

Pastatas bus padegtas tuomet, kai pastato dalis bus apimta ugnies taip, kad net ir pašalinus ar užgesinus degančią medžiagą ši dalis ir toliau degs, o ugnis galės

apimti ir kitas pastato dalis, turinčias esminę funkcinę paskirtį (BGHSt 7, 37; 16, 109; 18, 363; BGH NStZ 81, 229).

Baudžiamojoje teisėje nustatant tai, ar tam tikras objektas yra pastato „sudedamoji dalis", negali būti vadovaujamasi civilinės teisės (CK §93 ir toliau) nuostatomis, nors ir „esminės sudedamosios dalys" CK §94 II dalies prasme tokiomis pripažįstamos ir baudžiamojoje teisėje. Svarbiausia yra tai, ar daiktai yra kilnojami, ar ne. Gyvenamosios patalpos įranga paprastai nelaikoma paties pastato dalimi; tai pasakytina ir apie lentynas, jei jos, kaip yra įprasta, laisvai yra prikabintos prie sienų ar prikaltos vinimis (BGHSt 16, 110). Taigi pagrindiniu keturioliktuoju a atveju baigto kvalifikuoto padegimo nebuvo.

Tačiau A yra kaltas pasikėsinęs įvykdyti kvalifikuotą padegimą (§306, Nr. 2, 22), nes jo apsisprendimas padaryti veiką buvo numatytas atlikti šią veikos sudėtį iki galo, o padegant lentyną tiesiogiai buvo pradėta vykdyti veikos sudėtis.

Be to, A pasikėsino įvykdyti paprastą padegimą (§308 I 1-a alternatyva, 22), kuris jo santykiuose su pasikėsinimu padaryti kvalifikuotą padegimą vertintinas kaip veikos sutaptis, bet ne veikų konkurencija (§306 Nr. 2; RGSt 64, 273, 279). Taip ir todėl, kad §306, kitaip negu §308 I 1-a alternatyva, nereikalauja, jog veikos objektas būtų „svetimas" daiktas (plg. *Warda/Faber*, JuS 65, 446, pastaba Nr. 3). Taip pat pasikėsinimas sunaikinti statinius (§305, 22) užleidžia vietą §308 I 1-ai alternatyvai (BGH NJW 54, 1353 Nr. 16).

Lentynos padegimas reiškia, kad daiktai buvo galutinai sugadinti (§363), prie to prisideda ir būsto neliečiamybės pažeidimas (§123 I 1-a alternatyva). Apie konkurencijos santykį (= veikų sutaptis §52 prasme) žr. Nr. 776 ir toliau.

610 4. Atskirai apie pasikėsinimo struktūrą žr. Nr. 863. Veikos, kurią pasikėsinama padaryti, priešingumą teisei (kaip ir iki galo atlikto delikto) parodo jos atitikimas veikos sudėtį, t.y. įvyksta §22 įtvirtintos prielaidos; priešingumas teisei išnyksta, jeigu net ir tuo atveju, kai veika yra baigta, egzistuoja baudžiamąją atsakomybę šalinantys (pateisinantys) pagrindai.

Tiksliau apie tai žr. *Triffterer*, AT, S. 377; kritiką žr. *Herzberg*, Festschr. für Stree/Wessels, S. 203.

5. Dėl specialių pasikėsinimo atvejų vertinimo yra ginčijamasi:

611 a) Bendravykdymo atveju rengimosi ir pasikėsinimo riba visų bendravykdytojų yra peržengta tada, kai nors vienas iš jų bendro apsisprendimo padaryti veiką ribose tiesiogiai pradeda vykdyti įstatyminę veikos sudėtį (BGHSt 36, 249; 39, 236; BGH NStZ 95, 120; *Küper*, Versuchsbeginn, S. 22, 69). Šis vadinamasis bendras sprendimas yra grindžiamas tuo, kad bendravykdytojai sąmoningai ir norėdami veikia kartu darydami vieną veiką, kurią įvykdyti ar baigti kėsinamasi vieningai, nes kiekvienam bendravykdytojui yra inkriminuojamas ne tik jo įnašas į veiką, bet ir tai, ką kiti kaltininkai padaro siekdami įgyvendinti planą.

612 Kitoks sprendimas, kai bandoma nustatyti pasikėsinimo pradžią kiekvienam bendravykdytojui atskirai, priimamas pagal tai, ar jis jau pradėjo daryti savąją veikos dalį (taip *Schil-*

ling, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975, S. 104; LK-*Roxin*, §25, Nr. 198 ir toliau), tai neatitinka bendravykdymo struktūros; dažnai šis sprendimas yra per siauras, o kai kuriais atvejais ir per platus (plačiau apie tokio sprendimo kritiką žr. *Stoffers*, MDR 89, 208).

613 b) Netiesioginio vykdymo atveju pasikėsinimo stadija vėliausiai prasideda tuomet, kai veikos tarpininkas tiesiogiai pradeda realizuoti veikos sudėties poelgį (pvz., pasisavinimą §242 prasme ar nužudo §212 prasme). Prieš šį momentą anksčiausiai pasikėsinta gali būti tada, kai netiesioginis vykdytojas jo pradėtus įvykius paleidžia iš savo rankų ir pagal jo įsivaizdavimą pradėtas užpuolimas be esminių tarpinių žingsnių ir be ilgesnių pertraukų, toliau rutuliojantis įvykiams, turi peraugti į veikos sudėties realizavimą. Taip yra ne tik tuomet, kai veikos tarpininkas yra patiklus, bet ir tuomet, kai jis veikia piktavališkai.

614 Tai, kas buvo pasakyta anksčiau, sutampa su vyraujančia nuomone (plg. BGHSt 30, 363; BGH NJW 95, 204; LK-*Roxin*, §25, Nr. 152 su kitomis nuorodomis). Anksčiau paplitęs požiūris, kad lemiamos reikšmės turi veikos tarpininko patiklumas (plg. *Welzel*, Lb S. 191), neįsigalėjo. Be šio požiūrio, yra ir kitų labai skirtingų nuomonių. Kai kurioms iš jų svarbiausia yra nustatyti poveikio veikos padarymo įrankiui pradžią ir pabaigą (*Baumann-Weber*, AT §36 14 a; *Jakobs*, AT 21/105; *Schilling*, min. veik. S. 104); tačiau tai dar savaime neatitinka §22 numatyto betarpiškumo reikalavimo (nors kai kuriais atvejais pagal aplinkybes to turėtų pakakti; plg. BGH NStZ 86, 547). Pagal kitą požiūrį pasikėsinimas netiesioginiam vykdytojui visada arba bent daugeliu atvejų turi prasidėti, kai veikos tarpininkas pradeda vykdyti veiką ir „bendra veika" (susideda iš kurstytojo ir veikos įrankio poelgių) tiesiogiai perauga į veikos sudėties įvykdymą (*Kadel*, GA 1983, 299; *Kühl*, JuS 83, 180; *Küper*, JZ 83, 361, 369; LK-*Vogler*, §22, Nr. 101). Pagal tai (priešingai negu BGHSt 30, 363) netiesioginis vykdytojas nepasikėsina tol, kol veikos tarpininkas ruošiasi atlikti veiką; taip pat yra ir tada, kai veikos tarpininkas tik išoriškai paklūsta kurstytojo reikalavimams (pagal Federalinio teismo sprendimą (BGHSt 30, 363). Tai gali sukelti tik netinkamą netiesioginio vykdytojo pasikėsinimą. Tačiau ir šis atribojimo pasiūlymas, kuris bendravykdymui sukurtą „Bendro sprendimo" modelį perkelia netiesioginiam vykdymui, nepatenkina, nes jame nepakankamai atsižvelgiama į netiesioginio vykdymo specifiką. Kitaip nei bendravykdymo atveju, netiesioginio vykdymo atveju nėra bendro įvykdymo ir bendro apsisprendimo padaryti veiką. Tai, kas bendrai įvyksta ir įvykdo įstatyminę veikos sudėtį, sava veika yra inkriminuojama kaip tik ne veikos tarpininkui, o vien tik kurstytojui. Iš to, kad jam priskiriamas tiek įrankio, tiek jo paties elgesys, ir tai, kad veiką jis įvykdo per kitą asmenį, nebūtinai reiškia, kad netiesioginis vykdytojas negali peržengti pasikėsinimo ribos anksčiau nei jo veikos tarpininkas. Nes tai, kad jis inicijuoja aukos užpuolimą ir „valingai" nukreipia bendrą įvykių eigą, aiškiai rodo, jog atribojant rengimąsi ir pasikėsinimą pirmiausia dėmesys turėtų būti kreipiamas į kurstytojo elgesį. „Bendros veikos" plėtojimosi lygis ir dar padarytinas veikos tarpininko indėlis svarbus tik sprendžiant klausimą, ar kurstytojo požiūriu yra kilęs konkretus pavojus saugomam teisiniam gėriui ir ar yra išlaikomas §22 numatytas betarpiškumo reikalavimas. Kaip aiškus pavyzdys gali būti pateiktas Federalinio teismo sprendimas (BGHSt 30, 363). Toliau šis sprendimas pateikiamas sutrumpintai.

615 Kaltinamasis A iš pavydo norėjo nužudyti prekiautoją juvelyriniais dirbiniais (J). A norėjo, kad veiką įvykdytų tretieji asmenys, kurie nežinojo apie jo ketinimą nužudyti J. A pavyko, papasakojus apie didelį grobį ir apie patogią progą įvykdyti veiką, įkalbėti B ir C įvykdyti užpuolimą turint tikslą apiplėšti. Abu turėjo J užpulti ir, panaudodami jėgą,

sugirdyti jam svaiginamųjų medžiagų, o tada paimti norimą grobį. Dėl to A perdavė jiems plastikinį butelį su skysčiu – neva su greitai veikiančiais migdomaisiais, o iš tikrųjų su druskos rūgštimi. Pakeliui B ir C iš smalsumo atidarė plastikinį butelį. Kai jiems paaiškėjo, jog viduje yra labai nuodinga rūgštis, jie atsisakė savo ketinimų ir neįvykdė planuoto apiplėšimo.

B ir C buvo pasiryžę padaryti plėšimą esant kvalifikuojamosioms aplinkybėms (§249, 250 I Nr. 2, 25 II). Tačiau to daryti tiesiogiai jie dar nebuvo pradėję; kelionė į įvykio vietą, bendra nuomone, dar yra priskiriama rengimosi stadijai (plg. Nr. 600). Kadangi jie buvo sutikę įvykdyti plėšimą (§30 II 1-a alternatyva), jų naudai gali būti taikomas bausmę panaikinantis pagrindas, numatytas §31 I Nr. 2.

A nuteisimą už pasikėsinimą nužudyti netiesioginio vykdymo būdu Federalinis teismas iš esmės grindė taip: „Baudžiamąją veiką padaryti pasikėsina tas, kuris įsivaizdavo padaręs būtiną poveikį veikos tarpininkui, ir kuris pagal veikos planą iš karto po to turi įvykdyti veiką; dėl to saugomam teisiniam gėriui jau tiesiogiai iškyla pavojus. Tas, kuris nori veikti per kitą asmenį (§25 I 2-a alternatyva), suplanuotos baudžiamosios veikos sudėtį pradeda vykdyti tuomet, kai veikos tarpininką paskatina padaryti veiką ir baigia jam daryti poveikį įsivaizduodamas, kad šis dabar padarys veikos sudėtį atitinkantį poelgį. Taip šiuo atveju ir įvyko. A išsiuntė B ir C neva su migdomaisiais, kad J būtų kuo greičiau užpultas ir jam būtų sugirdyta labai nuodinga medžiaga. Pagal jo veikos įsivaizdavimą aukos gyvybei ir sveikatai buvo iškilęs tiesioginis pavojus ir greitai turėjo atsirasti padarinių. Faktas, kad B ir C veikos neįvykdė ir dėl to pasikėsinimas nužudyti nepavyko, „nepašalina" traukimo baudžiamojon atsakomybėn už pasikėsinimą.

Kalbant apie šį Federalinio teismo sprendimą pabrėžtina tai, kad pasikėsinimo pradžia priklauso nuo netiesioginio vykdytojo elgesio, o į abiejų veikos tarpininkų elgesį atsižvelgiama tik siauroje laiko atkarpoje, kai sprendžiamas klausimas, ar pagal A įsivaizdavimą veika turėjo būti padaryta „iš karto", baigus veikti B ir C (apie tai žr. BGH NJW 95, 204).

Federalinio teismo išvadai, kad A yra kaltas dėl pasikėsinimo nužudyti, reikėtų pritarti (plg. *Herzberg*, JuS 85, 1; *Roxin*, Täterschaft S. 583; *Kratzsch*, JA 83, 578, 587). Tą akimirką, kai A baigė daryti įtaką B ir C, jiems įdavė mirtinai veikiančią rūgštį kaip veikos padarymo priemonę, ir juos pasiuntė vykdyti užsakymo – kuo greičiau įvykdyti suplanuotą veiką, A buvo padaręs viską, ko reikėjo. J užpuolimas buvo pradėtas ir tolesnė įvykių eiga buvo ne A rankose, o patys įvykiai be jokių pertraukų ir kitų kliūčių turėjo tiesiogiai peraugti į veikos sudėties realizavimą.

616 §22 numatytas betarpiškumo reikalavimas nebūtų įvykdytas, jei netiesioginis vykdytojas įvykius paleistų iš savo rankų jau tuo metu, kai, jo įsivaizdavimu, veikos tarpininkas dar turėtų atlikti kitus esminius rengimosi poelgius (pvz., apsirūpinti reikalingomis medžiagomis sprogmenims gaminti, padėti tuos sprogmenis name, kuriame būsima auka leidžia savaitgalius, ir pan.) ir todėl dar būtų neaišku, kada grėsmė aukai pasieks pakankamai aukštą stadiją. Tokiu atveju atsižvelgiant į §22, netiesioginis vykdytojas būtų peržengęs ribą tarp rengimosi ir pasikėsinimo tik tuomet, jei veikos tarpininkas, baigęs savo pasiruošimus, tiesiogiai pradėtų vykdyti veiką.

617 c) Pagal padarinius kvalifikuojami deliktai (plg. Nr. 23; §11 II) yra tyčiniai deliktai, kai pagrindiniam deliktui priskirtinas poelgis yra tyčinis. Pasikėsinimas padaryti šiuos deliktus abstrakčiai yra įmanomas, tačiau apibendrintai negalima pasaky-

ti, ar gali būti ir ar plačiai gali būti traukiama baudžiamojon atsakomybėn už pasikėsinimą. Tai būtina išsiaiškinti, atsižvelgiant į kiekvieną konkrečią baudžiamosios veikos sudėtį. Tai darant išskirtinos dvi atvejų grupės.

Vienu atveju pasikėsinimas padaryti pagal padarinius kvalifikuojamą deliktą gali būti tuomet, kai kaltininkas tokius padarinius sukelia jau (baudžiamą) pasikėsinimo daryti deliktą metu, o jo santykis su ypatingais padariniais pasireiškia neatsargios kaltės forma (§18) arba lengvabūdiškumu (kitaip mano *Gössel*, Lange-Festschr. S. 219, 238). Taip pirmiausia gali atsitikti §177 III, 178 III (plg. RGSt 69, 332) ir §251 (plg. RGSt 62, 422) atvejais. Kitais atvejais pagal padarinius kvalifikuojamo delikto pasikėsinimas gali būti padarytas tada, kai kaltininko, iki galo įvykdžiusio pagrindinį deliktą, tyčia apėmė ir delikto kvalifikuojamuosius padarinius, tačiau šių padarinių neatsirado. Taip, pavyzdžiui, gali būti §239 II 1-a alternatyva (plg. BGHSt 10, 306; BGH GA 1958, 304), §225 II arba nulemtos tyčios §225 I (plg. BGHSt 21, 194) atvejais. Išsamiau žr. *Laubenthal*, JZ 87, 1065; *Otto*, Jura 85, 671; *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, S. 234 ir toliau; AK-*Paeffgen*, §18, Nr. 106 ir toliau su kitomis nuorodomis. Apie §22, 221 I, III žr. taip pat BGH StrVert 86, 201 su pastabomis *Ulsenheimer*.

618 d) Apie pasikėsinimą įvykdyti neveikimu padaromą deliktą žr. Nr. 743 ir toliau.

III. Netinkamas pasikėsinimas ir klaidingas deliktas

619 1. Pasikėsinimas laikomas netinkamu, jei apsisprendimo padaryti veiką įgyvendinimas, priešingai negu įsivaizdavo kaltininkas, dėl faktinių ar teisinių pagrindų negali sukelti viso objektyvios neteisėtumo veikos sudėties realizavimo. Taip atsitinka tuomet, kai kaltininkas nesuvokia subjekto (tai yra ginčytina), veikos objekto ar veikos priemonės netinkamumo.

Taip, pavyzdžiui, esti tada, kai tam tikrus baudžiamosios teisės pažeidimus tarnybai įvykdo kaltininkas, kuris nežino, kad jo paskyrimas pareigūnu yra niekinis (plg. RGSt 47, 189; 72, 110 = subjekto netinkamumas), lygiai taip pat yra tada, kai klaidingai suvokiamos aplinkybės, pagrindžiančios asmens, privalančio veikti tam tikru būdu, padėtį (plg. BGHSt 16, 155, 160) arba tada, kai kaltininkas savo nenaudai daro klaidą dėl kitų veikos aplinkybių, pavyzdžiui, pasikėsina nužudyti lavoną (RGSt 1, 451 = objekto netinkamumas) arba bando padaryti abortą moteriai, kuri nėra nėščia, tam panaudodamas paprastas tabletes nuo galvos skausmo (RGHSt 34, 217 = objekto ir priemonių netinkamumas).

620 Šiuo metu yra visuotinai pripažįstama, kad už netinkamą pasikėsinimą turi būti traukiama baudžiamojon atsakomybėn. Tai išplaukia iš baudžiamosios atsakomybės už pasikėsinimą (plg. Nr. 594) ir tai yra numatyta įstatyme – §22, 23 III.

Pagal §23 III teismas gali atsisakyti skirti bausmę ar pagal §49 II bausmę sušvelninti tada, kai kaltininkas „dėl akivaizdaus nesuvokimo" nesupranta, kad jo veika dėl objekto ar priemonių netinkamumo „iš viso negali būti atlikta iki galo". Akivaizdus nesuvokimas reiškia visai klaidingą įsivaizdavimą apie visuotinai žinomą priežastinę seką (pvz., manymas, kad startiniu pistoletu galima numušti lėktuvą; išsamiau *Gössel*, GA 1971, 225; *Roxin*, JuS 73, 329).

Visiškai nebaudžiama, kaip ir anksčiau, už visiškai nerealų, prietarais paremtą pasikėsinimą, kai naudojamos priemonės, kurių žmogus negali valdyti ir negali jomis disponuoti (= mirties meldimas, apkerėjimas ir t.t.; plg. RGSt 33, 321). Tokiu atveju nėra veikos sudėties tyčios prielaidų, o kartu ir baudžiamajai teisei svarbaus „apsisprendimo padaryti veiką“ (= tai, ko galima tik labai norėti, negali būti įgyvendinta).

Kritiškai apie §23 III įstatyminę taisyklę bei apie vyraujančią nuomonę pasisako *Struensee* (ZStW 102, 21), kuris veikos sudėties tyčią §22 prasme nuneigia ir vadinamojo klaidingo priežastingumo atvejais, t.y. tada, kai klaidingai besielgiantis asmuo išplečia priežastingumo dėsnius ir klaidingai suvokia priežastinę eigą.

621 2. Nuo netinkamo pasikėsinimo, už kurį traukiama baudžiamojon atsakomybėn, būtina atskirti klaidingus deliktus, už kuriuos nėra baudžiama.

Netinkamo pasikėsinimo atveju kaltininkas mano, kad egzistuoja objektyvios neteisėtumo veikos sudėties požymis, kurio iš tikrųjų nėra, t.y. jis įsivaizduoja situaciją, kuriai esant iš tikrųjų kaltininkas savo elgesiu įvykdytų įstatyminę veikos sudėtį (= atvirkštinė klaida dėl veikos sudėties).

Klaidingo delikto atveju kaltininkas klaidingai įsivaizduoja, kad faktiškai teisingai suvokiamas elgesys pažeidžia draudžiamąją normą. Iš tikrųjų ši norma arba egzistuoja tik kaltininko vaizduotėje, arba tikrai egzistuojančią normą kaltininkas savo nenaudai sau per plačiai išsiaiškina (= atvirkštinė klaida dėl draudimo, kvalifikavimo ar patraukimo baudžiamojon atsakomybėn).

Plg. BGH JR 94, 510 su pastabomis *Loos*; BGHSt 14, 345; *Engisch*, Der „umgekehrte Irrtum“ und das „Umkehrprinzip“, Heinitz-Festschr., S. 185; *Puppe*, Die logische Tragweite des sog. Umkehrschlusses, Lackner-Festschr., S. 199.

622 Klaidingo baudžiamojo teisės pažeidimo atvejai bus tada, kai kas nors

a) mano, kad jo elgesys (pvz., lesbijiečių meilė, santuokinė neištikimybė, sodomija) pažeidžia baudžiamąsias nuostatas, kurių iš tikrųjų nėra (= atvirkštinė klaida dėl draudimo);

b) neteisingai suvokia būtinosios ginties ribas ir mano, kad už jo elgesį būtinosios ginties situacijoje yra traukiama baudžiamojon atsakomybėn, pvz., mano, kad būtinoji gintis yra leidžiama tik ginant gyvybę ar sveikatą, bet negalima saugant materialines vertybes (= atvirkštinė klaida dėl leidimo);

c) teisingai suvokdamas faktinę situaciją ir visų veikos aplinkybių konkrečią reikšmę, klaidingai išsiaiškina normą ir jos taikymo ribas išplečia savo nenaudai, pvz., suklastotą kvitą laiko dokumentu §267 prasme, nors to kvito paskirtis nėra aiški (BGHSt 13, 235 = atvirkštinė klaida dėl kvalifikavimo), arba, teisingai suvokdamas aplinkybes, daro neteisingas išvadas dėl pareigos laukti §142 prasme (BGHSt 8, 263) ar pareigos veikti atitinkamu būdu (BGHSt 16, 155, 160);

d) nežino, kad esama jo naudai taikomo asmeninio kriminalinio ir politinio pobūdžio bausmę pašalinančio pagrindo, pvz., §173 III lytinio giminaičių santykiavimo atveju, ir todėl mano, kad už jo elgesį yra baudžiama (= tikra atvirkštinė klaida dėl traukimo baudžiamojon atsakomybėn).

Išsamiau žr. *Burkhardt*, JZ 81, 681; *Jescheck*, AT §50; *Maurach*, NJW 62, 716; *Nierwetberg*, Jura 85, 238.

623 Teisės moksle klaida dėl subjekto tinkamumo specialių baudžiamųjų teisės pažeidimų atvejais kartais vertinama kaip klaidingo delikto porūšis (plg. *Baumann-Weber*, AT §33 IV 3 a; *Jakobs*, AT 25/43; taip pat teigia LK-*Vogler*, §22, Nr. 158 tais atvejais, kai subjekto požymių turinys priklauso nuo teisinio akto). Apskritai šiam požiūriui pritarti negalima. Nors ir turėtume klaidingą deliktą tuo atveju, kai civilis kariuomenės tarnautojas save laikytų kareiviu įstatymo dėl karo nusikaltimų §1 prasme ir manytų, jog, neatvykdamas į tarnybą, jis vengia tarnybos kariuomenėje ir dėl to gali būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn pagal šio įstatymo §16. Tačiau netinkamas pasikėsinimas, už kurį būtų traukiama baudžiamojon atsakomybėn, būtų tuomet, jei kaltininkas klaidingai manytų, jog egzistuoja aplinkybės, kurios iš tikrųjų egzistuodamos pagrįstų subjekto požymių turinį.

Apie tai žr. *Bruns*, GA 1979, 161; *Jescheck*, AT §50 III; *Maurach-Gössel*, AT §40, Nr. 175; *Schlüchter*, Irrtum, S. 165; *Sch-Sch-Eser*, §22, Nr. 76, SK-*Rudolphi*, §22, Nr. 26 ir toliau.

IV. Atsisakymas baigti veiką pasikėsinimo stadijoje ir aktyvi atgaila

624 Keturioliktuoju a atveju turi būti tikrinama, ar A dėl to, kad užgesino gaisrą, gali būti atleistas nuo baudžiamosios atsakomybės, o jeigu taip, tai kokia apimtimi.

625 1. Už pasikėsinimą nėra baudžiamas tas, kuris savanoriškai atsisako toliau tęsti veiką arba užkerta kelią tai veikai baigti (§24 I 1).

Jeigu veika nėra užbaigiama dėl asmens, atsisakiusio dalyvauti veikos padaryme, tai jis baudžiamojon atsakomybėn nėra traukiamas tada, jei savanoriškai ir rimtai stengėsi sutrukdyti užbaigti veiką (§24 I 2).

626 Savanoriškas atsisakymas pašalina jau atsiradusią būtinybę patraukti baudžiamojon atsakomybėn už pasikėsinimą, tačiau jis negali visiškai panaikinti asmens kaltumo. Mažumos nuomone, savanoriškas atsitraukimas neturi kaltę šalinančio poveikio (plg. SK-*Rudolphi*, §24, Nr. 6; *Ulsenheimer*, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch, 1976, S. 103, 130), o yra asmeninis kaltę naikinantis pagrindas (tai vyraujanti nuomonė; išsamiau žr. BGH StrVert 82, 1). Dėl to, kuria pagrindine mintimi yra pagrįsta §24 taisyklė, teismų praktikoje ir teisės moksle vienos nuomonės nėra.

Vieni mano, kad įstatymu kaltininkui norima pastatyti „auksinį tiltą atsitraukimui nuo nusikaltimo darymo“ (= kriminalinė politinė teorija: RGSt 73, 52, 60; *Puppe*, NStZ 84, 490). Yra teisinga tai, kad savanoriško atsisakymo instituto buvimas skatina kaltininką nebaigti baudžiamųjų veikų ir neatima jam galimybės sugrįžti į teisėtą padėtį; jis negali vadovautis mintimi, kad jei baudžiamoji veika jau pradėta daryti, tai dėl jo patraukimo baudžiamojon atsakomybėn nieko nebegalima pakeisti (plg. *Grünwald*, Welzel-Festschr., S. 701, 709; *Jescheck*, AT §51 I 2). Tačiau dažniausiai kaltininkas, darydamas veiką, to

nesvarsto (plg., BGHSt 9, 48, 52). Tikroviškesnis požiūris, pagal kurį savarankiškai atsisakęs baigti veiką, kaltininkas įstatymu užtikrina nebaudžiamumą, kadangi sugrįžimas į teisėtą padėtį, kai užkertamas kelias atsirasti padariniams, iš dalies kompensuoja pasikėsinimo žalingumą ir kaltininko neigiamą poveikį visuomenės teisinei sąmonei, todėl būtinybė bausti už pasikėsinimą gali būti paneigta (= nusipelnymo teorija: *Baumann-Weber*, AT §34 I 1; *Bockelmann-Volk*, AT, S. 214; *Jescheck*, AT §51 I 3; *Schröder*, JuS 62, 81). Tačiau su tokia nuostata suderinamas ir bausmės tikslų teorijoje reiškiamas požiūris, kad savanoriškai atsisakius baigti veiką, bausmė už pasikėsinimą nerekomenduotina nei bendrosios, nei specialiosios prevencijos požiūriais (*Roxin*, Welzel-Festschr., S. 251; *Otto*, GA 1967, 144; *Sch-Sch-Eser*, §24, Nr. 2; SK-*Rudolphi*, §24, Nr. 4). Teismų praktikoje dažnokai buvo teigiama, kad esant prielaidoms, numatytoms §24, poreikis traukti baudžiamojon atsakomybėn išnyksta, nes nusikalstama atsisakiusiojo užbaigti veiką valia nebuvo tokia stipri, kad būtų įvykdyta veika ir kaltininko pavojingumas, pasireiškęs per pasikėsinimą, iš esmės pasirodė esąs mažesnis. Todėl traukimas baudžiamojon atsakomybėn už pasikėsinimą „nėra būtinas nei norint kaltininką sulaikyti nuo baudžiamųjų veikų darymo ateityje, nei sulaikant nuo to kitus bei atkuriant pažeistą teisėtvarką“ (BGHSt 9, 48, 52; 14, 75, 80). Kai kurie naujausi Federalinio teismo sprendimai, kuriuose kalbama apie „atlyginimą už nuopelnus“ (BGH NStZ 86, 264; MDR 88, 244), artėja prie nusipelnymo teorijos.

Ir jeigu anksčiau minėtų teorijų pagrindinė mintis yra teisinio gėrio apsauga (tiksliau žr. *Berz*, Rechtsgüterschutz, S. 51), tai naujas mokymas, kuris pasivadinęs kaltės realizavimo teorija, §24 mano prasminga esant tai, kad baudžiamosios sankcijos nereikia tada, kai kaltininkas jam inkriminuojamu poelgiu užkerta kelią veikos įvykdymui ir taip išpildo savo pareigą atitaisyti padėtį (*Herzberg*, Lackner Festschr., S. 325; NStZ 89, 49 ir 90, 172; kritiką žr. *Rudolphi*, NStZ, 89, 508; *Sch-Sch-Eser*, §24, Nr. 2).

627 2. Pagal §24 I pasikėsinimo atveju asmuo nuo baudžiamosios atsakomybės gali būti atleidžiamas tik tuomet, kai veika nėra baigta, t.y. objektyvi neteisėtos veikos sudėtis nėra visiškai realizuota. Jeigu nepaisant kaltininko pastangų atsisakyti veikos padarymo, veikos sudėties padarinių vis dėlto atsiranda, tai §24 I gali būti taikoma tik tada, kai konkretūs padariniai kaltininkui objektyviai negali būti inkriminuojami (plg. SK-*Rudolphi*, §24, Nr. 16, 28); kitais atvejais turi būti baudžiama už baigtą veiką.

Tačiau kaltininko klaida dėl savo veikos (veikimo ar neveikimo) veiksmingumo netrukdo inkriminuoti atsiradusių padarinių. Jeigu, pavyzdžiui, nuodytoja, manydama, kad jos veikos aukai paduota nuodų dozė dar nepakankama, atsisako savo apsisprendimo nužudyti klaidingai galvodama, kad mirties galima išvengti nieko nedarant, o iš tikrųjų auka vis dėlto miršta nunuodyta, tokiu atveju be jokių abejonių turi būti baudžiama už baigtą tyčinę veiką (§212, 211). Taikyti §24 šiuo atveju negalima, nes vien noras atsisakyti veikos padarymo neturi reikšmės, jei veika yra užbaigta ir padariniai atsiranda ne dėl netipiškos priežastinės eigos, o dėl normalaus įvykių vyksmo (plg. BGHSt 28, 346). Priešingas požiūris (*Sch-Sch-Eser*, §24, Nr. 22 ir toliau), pagal kurį reikėtų taikyti §24 I 1-ą alternatyvą, padarinius kaltininkui galima inkriminuoti nebent kaip atsiradusius dėl neatsakingumo, jei jie atsisakymo nuo veikos padarymo metu dar nebuvo atsiradę, kadangi priešinga nuomonė prieštarauja įstatymui ir vien atsitiktinumui palieka tai, ar bus atleidžiama nuo baudžiamosios atsakomybės pagal §24, ar bus baudžiama už baigtą tyčinę veiką. Kritiką žr. *Herzberg*, Oehler-Festschr., S. 163, kuris tyčios išnykimo atveju nori bausti ne už baigtą veiką.

628 §24 netaikomas ir nepavykusio pasikėsinimo atveju, nes pagal įstatymo prasmę ir tikslą atsisakymas nuo veikos padarymo, kuriam esant kaltininkas atleidžiamas nuo atsakomybės, yra galimas tik iki tokio momento, kol kaltininkas mato galimybę veiką baigti. Kad pasikėsinimas padaryti baudžiamąją veiką nepavyko, pirmiausia suvokiama, kol poelgiai, skirti veikai vykdyti, dar nėra pasiekę savo tikslo, o kaltininkas supratęs, kad jo turimomis priemonėmis veikos sudėties padarinių arba nebus visai, arba bent jau to nepavyks padaryti planuotu laiku. Taip, pvz., yra tada, kai norint padaryti vagystę išlaužus seifą paaiškėja, jog jis yra tuščias, kai vienintelis galimas šūvis iš toli nepataiko į taikinį, kai įvykio vietoje įmontuoto sprogmens sprogdiklis bandant sprogdinti nesuveikia, ir kaltininkas suvokia, kad jo sumanymas nepavyko. Taip pat yra ir tuo atveju, kai objektyviai veiką užbaigti dar yra galima, tačiau kaltininkas nežino, kaip tai būtų galima padaryti, arba negali panaudoti turimų priemonių, nes nemoka su jomis elgtis. Pagaliau tai, kad pasikėsinimas nepavyksta, gali nulemti ir tolesnio veikimo beprasmiškumas. Pvz., pasikėsintojas nuleidžia nutaikytą pistoletą todėl, kad paaiškėja, jog jis supainiojo asmenis.

Išsamiau žr. BGHSt 34, 53; 35, 90; 39, 244; BGH NStZ 89, 18; *Bottke*, JZ 94, 71; *Fahrenhorst*, pastabos NStZ 87, 278; *Rengier*, JZ 86, 964; *Roxin*, pastabos JR 86, 424 ir JuS 81, 1; kritiką *Feltes*, GA 1992, 395.

Kitaip nei Federalinis teismas, kai kurie autoriai nepavykusio pasikėsinimo nelaiko savarankišku pasikėsinimo atveju, kurio neapima §24. Jie teigia, kad tai yra tik baigto pasikėsinimo rūšis (plg. *Ranft*, Jura 87, 257). Tačiau baigtam pasikėsinimui yra būdinga tai, kad kaltininkas, baigęs vykdyti savo poelgį, tikisi ar bent jau mano esant galimybę, jog atsiras veikos sudėties padariniai, o nepavykusio pasikėsinimo atveju kaip tik jis ir nėra.

629 Turint aiškų veikos planą, tai, kad pasikėsinimas nepavyko, galima laikyti tada, kai veika negali būti visiškai įvykdyta kaltininko numatytu laiku ir numatytoje vietoje ir kai ją galima įvykdyti tik kur kas vėliau pradėjus naują priežastinę seką. Tačiau dėl to, kad negalima pasinaudoti veikos padarymo priemone, kurią iš pradžių buvo ketinta naudoti, pagal vyraujančią nuomonę negali būti manoma, jog pasikėsinimas nepavyko, jei kaltininkas vėl pradeda iš karto pulti arba gali panaudoti dar vieną paruoštą priemonę veikai padaryti, pvz., nepavyksta planuotas pasikėsinimas užmušti auką buteliu (BGHSt 10, 129), nužudyti ją pervažiuojant automobiliu (BGHSt 34, 53) ar uždegti apipylus benzinu (BGH NStZ 86, 264), ir kaltininkas iš karto po to fiziškai silpnesnę auką smaugia tol, kol pagal dabar vyraujantį bendrą požiūrį kaltininkas dar gali atsisakyti baigti veiką ir taip išvengti traukimo baudžiamojon atsakomybėn, jei jis savanoriškai atsisako smaugti ir taip išvengia aukos mirties. Vieningame tokio pobūdžio įvykyje naujų priemonių panaudojimas, net jei kaltininkas, ruošdamasis savo veikai, apie tai ir nebuvo pagalvojęs, reiškia, kad išlieka pirminis apsisprendimas padaryti veiką, ir jis toliau įgyvendinamas; įgyvendinant šį apsisprendimą viena po kitos naudojamos priemonės skiriamos veikos sudėties padariniams sukelti (BGHSt 34, 53).

630 Kitokia išvada daroma atskirų veikos aktų teorijoje, kurioje kiekvienas vykdymo aktas, kurį kaltininkas, pradėdamas veiką, manė esant tinkamą padariniams sukelti, yra atskirai suvokiamas ir kiekvienas šių aktų, jiems nepavykus, vertinamas kaip savarankiškas nepavykęs pasikėsinimas (taip mano ir *Baumann-Weber*, AT §33 II; *Jakobs*, AT 26/15 ir toliau ir JuS 80, 714; *Ulsenheimer*, min. veik., S. 131 ir toliau, 24; su apribojimais taip pat *Herzberg*, Blau-Festschr., S. 97 ir NJW 89, 197; *Sch-Sch-Eser*, §24, Nr. 21). Šis požiūris neįtikina todėl, kad jame vieningas gyvenimiškas įvykis yra suskaldomas, o galimybė atsisakyti nuo veikos padarymo labai susiaurinama (plačiau žr. *Bergmann*, ZStW 100, 329; *Puppe*, NStZ 86, 14; *Rengier*, pastabas žr. JZ 86, 964 ir JZ 88, 931; *Roxin*, pastabos JR 86, 424).

631 3. §24 I 1 atveju turi būti skiriamas baigtas ir nebaigtas pasikėsinimas. Šių abiejų pasikėsinimo pasireiškimo formų atribojimas atliekamas vadovaujantis kaltininko įsivaizdavimu (BGHSt 31, 170; 33, 295; 35, 90; kitaip mano *Borchert/Hellmann*, GA 1982, 429, kurie pasisako už objektyvų atribojimą). Šis atribojimas turi didelės praktinės reikšmės, nes kaltininkas veikos, kuri dar neperžengė nebaigto pasikėsinimo stadijos ribų, darymo atveju gali pagal §24 I 1-ą alternatyvą būti netraukiamas baudžiamojon atsakomybėn, jei jis atsisako savo apsisprendimo padaryti veiką ir nepratęsia veikimo, o baigto pasikėsinimo atveju pagal §24 antrą alternatyvą kaltininkas nėra traukiamas baudžiamojon atsakomybėn, jei jis imasi užkirsti kelią padariniams atsirasti (t.y. imasi apsauginių priemonių), šiuo atveju padarinių išvengimo rizika irgi tenka kaltininkui.

Nebaigtas yra toks pasikėsinimas, kai kaltininkas mano, kad dar nepadarė visko, kas, jo įsivaizdavimu, yra būtina veikai baigti.

Pasikėsinimas yra baigtas, kai kaltininkas mano, jog jis padarė viską, kas, jo įsivaizdavimu, yra būtina ar ko galbūt pakanka, kad atsirastų veikos sudėties padariniai.

632 Ilgai buvo nesutariama dėl to, ar šių abiejų pasikėsinimo formų atribojimą būtina atlikti remiantis kaltininko įsivaizdavimu pradedant veiką, ar kaltininko įsivaizdavimu pabaigus paskutinį veikos vykdymo poelgį:

Federalinis teismas nuo pradžių vadovavosi vadinamąja veikos plano teorija, t.y. rėmėsi kaltininko įsivaizdavimu pradedant veiką, jei šis, laikydamasis griežto plano, ketino padaryti tik vieną vienintelį veiksmą (= šauti, durti, smūgiuoti kumščiu ir t.t.) ir veikos padariniams sukelti ruošėsi panaudoti apibrėžtas priemones. Jeigu taip suplanuotas poelgis buvo įvykdytas, tai Federalinis teismas pasikėsinimą vertino kaip baigtą net ir tuo atveju, jei kaltininkas vėliau suvokė, kad jo elgesys nebuvo sėkmingas (BGHSt 22, 330). Ir priešingai, jei pradedant veiką nebuvo tokio plano ar apie tai, kad jo nebuvo, galima spręsti remiantis *in dubio pro reo* principu, tai lemiamas dalykas turėjo būti kaltininko įsivaizdavimas baigus paskutinį veiksmą. Jeigu kaltininkas manė, kad veiksmų, kurių jis ėmėsi, nepakanka siekiamiems padariniams sukelti, tai pasikėsinimas buvo nebaigtas, o kad asmuo nebūtų traukiamas baudžiamojon atsakomybėn, jam reikėjo atsisakyti apsisprendimo padaryti veiką ir paprasto neveikimo (plg. BGH GA, 1966, 208; BGHSt 10, 129 = Flachmann atvejis; BGHSt 22, 176 = vamzdinių replių atvejis). Ir priešingai, pasikėsinimas buvo baigtas, kai kaltininkas įsivaizdavo, kad padarė viską, ko reikia padariniams atsirasti arba esant abejonei bent jau manė, kad jo elgesys gali sukelti padarinius (plg. BGH NJW 80, 195; NStZ 81, 342 ir 84, 116).

633 Paskutiniu metu Federalinis teismas visais panašiais atvejais nuo veikos plano teorijos perėjo prie vadinamojo veikos padarymo atsisakymo, kai baigiamas daryti paskutinis veikos veiksmas. Šį perėjimą Federalinis teismas (BGH 31, 170) pagrindė aiškinimu, kad pasikėsinimo baigtinumas, nepriklausomai nuo to, ar esama veikos plano ir galimų šio plano variacijų, pasireiškia esant didelei padarinių atsiradimo galimybei ir atitinkamai suvokiant pavojų baigus paskutinį poelgio veiksmą (plačiau žr. *Küper*, pastabos JZ 83, 264). Vėlesniuose sprendimuose Federalinis teismas šį dabar jau vyraujantį požiūrį išplėtojo ir įtvirtino (BGHSt 33, 295 = šūvio į smilkinį atvejis; BGH JR 86, 423 = telefonų knygos atvejis; BGH NStZ 86, 264 = apipylimo benzinu atvejis; BGH StrVert 87, 529 = nuodijimo atvejis; BGHSt 35, 90 = smūgio į sprandą atvejis).

Apipylimo benzinu atveju, panašiu į anksčiau Federalinio teismo nagrinėtą Flachmann atvejį (BGHSt 10, 129), vyras M norėjo nužudyti norinčią su juo skirtis savo žmoną F. Jis netikėtai užpylė ant jos kibirą benzino ir bandė padegti. Vyrui bandant uždegti degtuką, kilo grumtynės ir žmonai pavyko pabėgti į sodą. N ją pasivijo, pargriovė ant žemės ir smaugė tol, kol ši prarado sąmonę. Tada jis paleido savo žmoną ir atsisakė savo ketinimo nužudyti. Revizinėje instancijoje M nuteisimas dėl pasikėsinimo nužudyti buvo pripažintas neteisingu. Federalinis teismas, kitaip negu Žemės teismas, abu M veikos poelgius vertino ne kaip du teisiškai atskirus bandymus nužudyti, o tik kaip susijusius vieno įvykio dalinius aktus (paremtus toliau egzistuojančia tyčia), nes nepavykus uždegti, ketinimas nužudyti dar nebuvo galutinai pavykęs. Todėl M galėjo būti atleistas nuo baudžiamosios atsakomybės už „bendrą veiką“ pagal §24 I pirmą alternatyvą, kai jis daugiau nebesmaugė ir taip atsisakė galimybės baigti veiką. Vadovaudamasis saugomo teisinio gėrio interesais, Federalinis teismas manė, kad „premijuoto atsitraukimo“ atvejis būna tada, kai kaltininkas, nesėkmingai panaudojęs pirmą veikos padarymo priemonę, savanoriškai atsisako baigti veiką panaudodamas kitą tinkamą ir paruoštą veikos priemonę.

Šiai naujai atsisakymui nuo veikos padarymo palankiai Federalinio teismo praktikai teisės moksle dauguma autorių pritarė (plg. *Jescheck*, AT §51 II 3; *Kadel*, pastabos JR 87, 117; *Puppe*, NStZ 86, 14; *Rengier*, pastabos JZ 86, 964 ir JZ 88, 931; *Roxin*, pastabos JR 86, 424; *Otto*, Grundkurs AT §19 II; kritiką žr. *Ranft*, Jura 87, 527; *Schlüchter*, Baumann-Festschr., S. 71; *Sch-Sch-Eser* §24, Nr. 16 ir toliau). Ši diskusija dar nėra baigta ir tik lieka laukti tolesnio jos plėtojimosi.

634 Tai ypač pasakytina apie klausimą, ar šie principai yra taikytini toms veikoms, kai iš pradžių siekiamo poelgio tikslas (= pamokyti auką peilio dūriais, atimti iš aukos galimybę gintis norint vėliau ją apiplėšti ar pavykus apiplėšimui auką šūviais išvyti iš įvykio vietos) siejasi su netiesiogine tyčia nužudyti. Čia yra ginčytina, ar galima atleisti nuo baudžiamosios atsakomybės, kai nebaigto pasikėsinimo nužudyti atsisakoma toliau neveikiant, kai kaltininkas savo pirminį poelgio tikslą jau yra pasiekęs ir, jo manymu, aukos gyvybei dėl to pavojus negresia. Ir jeigu antrasis ir penktasis Federalinio teismo baudžiamųjų bylų senatai atsisakymo nuo veikos padarymo minėtais atvejais galimybę paneigė (NStZ 90, 77; 91, 127; taip pat *Puppe*, pastabos NStZ 90, 433 ir JZ 93, 361; *Rudolphi*, pastabos JZ 91, 525), tai pirmasis Federalinio teismo senatas tokią galimybę pripažino (JZ 93, 359; NStZ 90, 30 ir 89, 317). Didysis baudžiamųjų bylų senatas palaikė paskutinę nuomonę ir savo 1993-05-19 nutarime (BGHSt 39, 221) nusprendė, kad atleisti nuo bau-

džiamosios atsakomybės, jeigu veikos atsisakyta nebaigto pasikėsinimo stadijoje, galima ir tada, kai kaltininkas atsisako tolesnių poelgių, nes už veikos sudėties ribų esantį poelgio tikslą jis jau yra pasiekęs. Tai pagrindžiant sakoma, kad veika §24 I 1 prasme yra veikos sudėtį atitinkantis poelgis su veikos sudėtį atitinkančiais padariniais. Todėl sprendimas atsisakyti toliau vykdyti veiką susijęs vien tik su tuo, kad įvykdomi įstatyminiai veikos sudėties požymiai ir sukeliami veikos sudėtį atitinkantys padariniai. Už veikos sudėties ribų esantys tikslai, ketinimai ar motyvai nėra svarbūs; atsisakyti kaltininkas privalo tik to, kas aprašyta įstatyminėje veikos sudėtyje (taip pat *Pahlke*, Rüsktritt bei dolus eventualis, 1993, S. 117). Palikti kaltininkui atsisakymo galimybę prasminga vadovaujantis aukos gynimo interesais, nes tai padeda išsaugoti teisinį gėrį, į kurį buvo kėsintasi pradedant veiką. Tačiau šiai Federalinio teismo argumentacijai galima prieštarauti: tas, kuris pasiekė pirminį poelgio tikslą, nieko daugiau negali atsisakyti. Paprastas „baigimas“ dar nėra savaime „atsisakymas“ §24 I 1 prasme; atsisakoma gali būti tik dar iki galo nepasiekus poelgio tikslo (išsamiau žr. *Roxin*, pastabos JZ 93, 896; SK-*Rudolphi*, §24, Nr. 14 a, b).

635 Dar nepakankamai išsiaiškinta ir tai, kokiais kriterijais vadovaujantis turi būti nustatytas veikos įvykio „vieningumas“ vadinamosios bendro vertinimo teorijos rėmuose. Šiuo atveju kai kurie teisės mokslo atstovai orientuojasi į taisykles, kurios yra svarbios nustatant natūralų poelgio veiksmingumą konkurencijos atvejais (plg. *Jescheck*, AT §51 II 3; *Roxin* JuS 81, 1 ir pastabos JR 86, 424; kritiką žr. LK-*Vogler* §24, Nr. 63, 64; *Fahrenhorst*, Jura 87, 291). Tačiau teismų praktikoje lemiamas dalykas yra atitinkamo gyvenimiško įvykio vieningumas (BGHSt 34, 53, 57; 40, 75), ir visai nekreipiamas dėmesys į tai, ar kaltininkas, darydamas atskirus pasikėsinimo poelgius, naudoja vienos rūšies, ar skirtingas veikos priemones (BGH NStZ 86, 264; NJW 94, 1670; priešingai mano *Ranft*, Jura 87, 257; jis siūlo pasikėsinimą laikyti vieningu tik tuo atveju, kai naudojamos tos pačios rūšies veikos priemonės).

636 Trumpai apibendrinant šį dabar teismų praktikoje ir teisės moksle įsigalėjusį požiūrį apie nebaigto ir baigto pasikėsinimo atribojimą, kai atsisakymo aspektas laikomas pagrindu, galima pasakyti, kad šio požiūrio esmė yra tokia:

637 a) Jeigu kaltininkas atsisako toliau vykdyti veiką, nes suvokia, kad veikos sudėtį atitinkantys padariniai, kurių jis siekė ar kurie, jo įsivaizdavimu, turėjo būti sukelti norint siekti kitų tikslų, dar nėra atsiradę ir negali atsirasti, ir jei kaltininkas šiuo atveju dar suvokdamas, jog jis gali sukelti šiuos padarinius, panaudodamas paruoštas ir jam prieinamas priemones, bet to nedaro, tai turime atsisakymą nuo nebaigto pasikėsinimo padaryti tam tikrą baudžiamąją veiką (BGH MDR 88, 99 pas *Holtz*).

Niekas nepasikeičia ir tuo atveju, jei egzistavo griežtas veikos planas ir kaltininkas, pradėdamas veiką, manė, jog jis dėl veikos darė viską, ko reikia, kad būtų baigtas baudžiamasis teisės pažeidimas. Nes klausimui, ar pasikėsinimas yra baigtas, ar ne, svarbu ne veikos planas pradedant veiką, o kaltininko įsivaizdavimas baigus paskutinį poelgį (BGHSt 35, 90). Jeigu kaltininkas šiuo momentu nuo pradžių padarinių atsiradimą mano esant galimą, bet paskui suvokia, kad jis klydo (*pavyzdys*: A duria kelis kartus B, norėdamas jį nužudyti. Po to jį palieka tardamas: „Dabar tau viskas.“ Bet B pabėga rėkdamas: „Aš dar gyvas, aš iškviesiu policiją!“), tai „atsisakymo esmės“ ribose reikšmingas yra tik pakoreguotas įsivaizdavimas, leidžiantis tuo atveju, jei kaltininkas toliau turi tokių pat galimybių tęsti poelgį, bet to atsisako, atsisakyti pasikėsinimo, tas atsisakymas ir nulems atleidimą nuo baudžiamosios atsakomybės (BGHSt 36, 224; BGH NJW 93, 2125; *Otto*, Jura 92, 423, 429; kitaip *Ranft*, pastabos JZ 89, 1128).

638 b) Ir priešingai, jei kaltininkas, įgyvendindamas savo apsisprendimą įvykdyti baudžiamąją veiką, pasiekė tokią stadiją, kurioje, jo manymu, jau greitai gali atsirasti padarinių, tai §24 I numatytos atsisakymo privilegijos kaltininkas negali užsitarnauti paprastai „baigdamas" ir neveikdamas toliau. Kad toks asmuo būtų atleidžiamas nuo baudžiamosios atsakomybės, būtina, jog jis imtųsi tam tikrų veiksmų padariniams užtikrinti (§24 I 1 antra alternatyva arba §24 I 2), nes vėliausiai šiuo momentu pasikėsinimas yra baigtas (BGHSt 33, 295; BGH NStZ 93, 39; 95, 121). Tokioje situacijoje kaltininkas negali pasiteisinti tuo, kad jis ne visai įvykdė savo pirminį planą, ar tuo, kad savo ketinimams realizuoti nepasinaudojo kitomis, sėkmę lemiančiomis galimybėmis; esminis dalykas yra tik kaltininko suvoktas padarinių atsiradimo artumas konkrečioje pavojaus situacijoje (BGHSt 31, 170; 33, 295). Tai, ar kaltininkas šiuo momentu ir toliau nori padarinių, ar su jais susitaiko, yra nesvarbu, nes taikant §24 I tolesnė tyčia, įgyvendinta padarant veiką, nėra reikalinga (tiksliau žr. BGHSt 31, 170, 177).

Baudžiamųjų bylų teisėjas neturi per daug dėmesio skirti nustatymui, ar kaltininkas, baigęs paskutinį vykdymo poelgį, veikos sudėties padarinių atsiradimą manė esant bent jau galimą (žr. BGH NStZ 92, 434; 95, 121). Teisiškai tai būtų klaidinga. Sunkiai sužeidus auką tokia galimybė, suvokiant kilusį pavojų, paprastai turėtų būti patvirtinta (pvz., iššovus į galvą, giliai peiliu dūrus netoli širdies, stipriai sudavus geležiniu vamzdžiu per galvą, smaugus iki sąmonės netekimo ir panašiais atvejais; plg. BGHSt 33, 295; GrS 39, 221, 231).

639 Apie bendro atsisakymo pasikėsinimo stadijoje problematiką žr. *Bottke*, Strafrechtswissenschaftliche Metodik und Systematik bei der Lehre von strafbefreiendem und strafmildernden Täterverhalten, 1979, S. 345 ir toliau; *Günther*, Partieller Rücktritt vom Versuch und Deliktswechsel, Gedschr. für Armin Kaufmann, S. 541; *Herzberg*, Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch und Überlegungen de lege ferenda, NJW 91, 1663; *Lampe*, Rücktritt vom Versuch „mangels Interesses", JuS 89, 610; *Rudolphi*, Rücktritt vom beendeten Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsbemühen, NStZ 89, 508; *Walter*, Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsgedankens im zurechnendem Strafrecht, 1980; *Ina Weinhold*, Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch, 1990.

640 4. Nebaigto pasikėsinimo atveju kaltininkas nėra traukiamas baudžiamojon atsakomybėn, jeigu jis savanoriškai atsisako toliau vykdyti veiką (§24 I 1 pirma alternatyva). Taip pat yra ir netinkamai pasikėsinus iki to momento, kol kaltininkas nesuvokė to, jog jo pasikėsinimas yra vertinamas (RGSt 68, 82).

641 Veikos „atsisakymas" reiškia atsisakymą toliau realizuoti apsisprendimą įvykdyti įstatyminę veikos sudėtį, priimant priešingą apsisprendimą. Būtina tam prielaida yra kaltininko įsivaizdavimas, kad apskritai baudžiamosios veikos sudėtį įvykdyti jis dar gali (BGHSt 22, 330; *Hruschka*, JZ 69, 495). Kyla klausimas, ką įstatyme reiškia sąvoka veika ir ar įstatymas reikalauja visiškai ir galutinai atsisakyti veikos sudėties tyčios.

Anksčiau priimtuose sprendimuose tai dažnai buvo pabrėžiama, kad atsisakyti ir dėl to netraukiami baudžiamojon atsakomybėn gali būti tik tie, kurie „visiškai ir iki galo" atsisakė įvykdyti savo kriminalinį apsisprendimą (BGHST 7, 296; BGH NJW 80, 602). Ta-

čiau ši formulė yra nesuprantama; ji atsisakymui palieka per mažai erdvės. Vidinė išlyga kada nors sulauks tinkamos progos vėl pabandyti padaryti veiką ar vietoj to padaryti kitą veiką, nors ir leidžia spręsti apie priešingas teisei kaltininko pažiūras, tačiau tai netrukdo atsisakyti konkrečios pradėtos veikos (taip pat BGHSt 33, 142, 145; 35, 184). Tai, ar tokiais atvejais iš tikrųjų susiformuoja naujas apsisprendimas padaryti veiką, ir ar jis realizuojamas, yra visai kitas dalykas, ir to dar reikia sulaukti.

Priešinga nuomonė teigia, kad jau atsisakymas vykdyti konkretų poelgį turėtų reikšti atleidimą nuo baudžiamosios atsakomybės (plg. *Blei*, AT §69 III 1; *Bloy*, JuS 86, 987 su kitomis nuorodomis). Tačiau toks požiūris yra per platus todėl, kad nėra jokio sugrįžimo į teisėtumą tada, kai kaltininkas savo pirminį vykdymo poelgį tuoj pat pakeičia kitu lygiaverčiu įvykdymu, pavyzdžiui, vietoj „įlipimo" pasirenka „įsilaužimą" (§242, 243 I, Nr. 1) arba auką pasmaugia užuot ją nunuodijęs.

Pirmenybė turėtų būti teikiama tarpiniam požiūriui, pagal kurį principiniai svarbu konkrečios veikos atsisakymas. Apie atsisakymą konkrečios baudžiamosios veikos sudėties ribose turi būti sprendžiama atsižvelgiant į veikos objektą, realią veikos situaciją ir veikos tikslą. Tačiau šis požiūris pripažįsta ir tam tikrų apribojimų: „Atsisakymo toliau vykdyti veiką" nėra tada, kai kaltininkas pasilieka teisę atlikti tęstinius aktus, kurie tuo atveju, jei toliau būtų realizuojami vykdant įstatyminę veikos sudėtį, bet būtų tik nesavanaudiški, dalinai anksčiau pradėtos daryti baudžiamosios veikos veiksmai ir kurie bendrai sudarytų vieningą gyvenimišką įvykį (LK-*Vogler*, §24, Nr. 79 ir toliau; *Maurach-Gössel*, AT §41, Nr. 54; *Sch-Sch-Eser*, §24, Nr. 39, 40; plg. BGHSt 40, 75; *Küper*, JZ 79, 775, 779; *Lenckner*, Gallas-Festschr., S. 281, 303).

642 Federalinio teismo (BGHSt 33, 142) manymu, „veikos" sąvoka, vartojama §24, sutampa su tyčia padarytos priešingos teisei veikos sąvoka materialinės teisės baudžiamosios veikos sudėties prasme (BGHSt 39, 221, 230; *Günther*, Gedschr. für Armin Kaufmann, S. 541). Dėl to galima daryti išvadą, kad asmuo, pradėjęs daryti suplanuotą nužudymą, turėdamas tikslą apiplėšti, baudžiamojon atsakomybėn gali būti netraukiamas už pasikėsinimą nužudyti tuo atveju, jei jis savanoriškai atsisako nužudyti savo auką ir toliau, norėdamas paimti piniginę ar kitus vertingus daiktus, apsiriboja vien tik grasinimais §249 prasme (plg. BGHSt 33, 142, 144). Ir priešingai, tas, kuris, naudodamas smurtą, pradeda seksualiai prievartauti moterį, tačiau to savanoriškai atsisako, ketindamas savo aistrą iš karto po to patenkinti ją išžagindamas, negali dėl atsisakymo būti atleistas nuo baudžiamosios atsakomybės pagal §178, nes šio paragrafo prielaidos numatytos ir §177.

Šiuo atveju §178, 22 pažeidimas turi reikšmės nustatant bausmės dydį, nors sprendžiant kaltės klausimą jis ir nėra minimas, nes §177 yra teikiama pirmenybė kaip *lex specialis* (= įstatymų sutapties atvejis; žr. BGHSt 33, 142, 146 ir Nr. 787 ir toliau).

643 Jeigu kas nors, pasiekęs pasikėsinimo stadiją, savanoriškai atsisako tolesnių aplinkybių, kvalifikuojančių veiką, įvykdymo (pvz., §244 I Nr. 1 arba §250 I Nr. 1), tai, vadovaujantis saugomo teisinio gėrio apsaugos interesais su pagrindinėmis §24 nuostatomis, turėtų būti suderinamas dalinio atsisakymo pripažinimas. Taip galėtų būti, pavyzdžiui, tada, kai kaltininkas laiku išima šovinius iš šaunamojo ginklo, kurį jis turėjo darydamas vagystę ir plėšimą naudojant prievartą (tiksliai *Streng*, JZ 84, 625 prieštaraudamas Federaliniam teismui (BGH JZ 84, 680); kitame Federalinio teismo sprendime (BGHSt 33, 142) į klausimą neatsakyta).

644 Savanoriškai atsisakoma tuomet, kai atsisakoma ne dėl priverstinių užkulisinių priežasčių, o kaltininkui laisvai automatiškai apsisprendus. Paskatinti tai gali, pavyzdžiui, sąžinės graužatis, gailėjimasis, gėda, užuojauta aukai, dvasinis sukrėtimas, bausmės baimė ir panašūs dalykai (plg. BGHSt 7, 296; 21, 216; BGH StrVert, 83, 413; MDR 89, 857 pas *Holtz*). Atsisakymą gali paskatinti ir kitos priežastys (pvz., auka įkalbinėja); svarbu vien tai, ar kaltininkas, nepaisydamas šio poveikio, ir toliau apsisprendžia pats, t.y. ar kaip nors nėra priverstas susilaikyti nuo galimo atitinkamos baudžiamosios veikos sudėties realizavimo (BGH NStZ 92, 536; StrVert 92, 224; NJW 93, 2125).

§24 esanti nuostata iš esmės reiškia tai, kad atleidimo nuo baudžiamosios atsakomybės prielaida yra paremta kaltininko „nuopelnu", t.y. jo atsisakymu pasikėsinimo. Tačiau nusipelno tik tas kaltininkas, kuris savanoriškai pradeda laikytis teisėtvarkos. Tačiau savanoriškumui patvirtinti įstatymas nereikalauja nei svarbios paskatos, nei dorovinio motyvo (išsamiau žr. BGHSt 35, 184; pritaria *Lackner*, pastabos NStZ 88, 405; *Lampe*, JuS 89, 610; kritiką žr. *Bloy*, pastabos JR 89, 70; *Jakobs*, pastabos NStZ 88, 519). Nusikaltėlis, darydamas lytinį nusikaltimą, nustojęs naudoti jėgą prieš savo auką todėl, kad ši pažada jam savanoriškai paklusti (konkrečiu atveju (BGHSt 7, 296) (toks pažadas buvo duotas norint pergudrauti kaltininką ir dėl to prašant pertraukos atsikvėpti), gali atsisakyti pasikėsinimo išžaginti ir būti atleistas nuo baudžiamosios atsakomybės, kai jis vėliau besąlygiškai ir galutinai atsisako lytinio santykiavimo, kurį galėtų pasiekti toliau naudodamas smurtą (BGH NStZ 88, 550). Tačiau to nėra tada, jei kaltininkas pasiryžęs vėl pradėti naudoti smurtą ir prievartą prieš gintis negalinčią auką, jei ši iš karto (pagal realią situaciją) neįvykdys savo pažado (BGHSt 39, 244; išsamiau žr. *Bottke*, JZ 94, 71; *Streng*, pastabos NStZ 93, 582; *Vitt*, pastabos JR 94, 199).

645 Atsisakymas nepripažįstamas savanorišku, jei tai daroma dėl kliūčių, kurios nepriklauso nuo kaltininko valios ir kurių kaltininkas negali įveikti, arba tos kliūtys taip pakeičia faktinę situaciją kaltininko nenaudai, kad su tuo pakeitimu susiję neigiami padariniai ir rizika kaltininkui yra nepriimtini, ir jis negali su jais susitaikyti (plg. BGHSt 9, 48; 20, 279; BGH NStZ 92, 536; 94, 428).

Galimybę savanoriškai atsisakyti gali pašalinti ir kaltininko įsivaizdavimas, kad jo veika yra atskleista ir kyla grėsmė, jog asmuo, atskleidęs veiką, gali sutrukdyti kaltininkui įvykdyti savo ketinimus arba inicijuoti panaudoti baudžiamojo persekiojimo priemones; tokiais atvejais ypač svarbu konkrečios aplinkybės (išsamiau žr. BGH, StrVert 92, 224; MDR 75, 724 pas *Dallinger*; plg. situaciją, kai pati auka yra atskleidėjas BGH StrVert 82, 219; JR 52, 414; BGHSt 24, 48; *Jescheck*, AT §51 IV 3; apie greito veikos atskleidimo baimę žr. BGH NStZ 84, 116). Jeigu asmuo atsisako pasikėsinimo išžaginti dėl to, kad, priešingai jo lūkesčiams, auka jį atpažįsta ir todėl greitai gali būti pradėtas baudžiamasis persekiojimas, tai toks atsisakymas nėra laikomas savanorišku (BGHSt 9, 48).

Jeigu kaltininkas palieka užpultą auką dėl to, kad jį išgąsdina garsus aukos riksmas, tai dar nereiškia, kad toks atsisakymas nėra savanoriškas. Federalinio teismo manymu (BGH MDR 79, 279 pas *Holtz*), tokioje situacijoje atsisakoma nesavanoriškai tik tada, kai dėl riksmo kaltininką apima panika ar kai jis galvoja, jog riksmą girdėjo kiti asmenys, kurie skubės aukai į pagalbą.

Jeigu vienareikšmiškai negalima išsiaiškinti, kokie apmąstymai paskatino kaltininką atsisakyti pasikėsinimo, tačiau kiekviena iš galimų paskatų pagrindžia nesavanoriškumą, tai

toks atsisakymas negali būti pripažintas savanorišku (BGH MDR 66, 892 pas *Dallinger*). Tačiau jeigu lieka nepaneigtas ir motyvas, leidžiantis manyti, kad atsisakymas savanoriškas, tai turi būti vadovaujamasi principu *in dubio pro reo* (BGH StrVert 84, 329).

Pagal teisės moksle aptinkamą mažumos nuomonę savanoriškumas ir nesavanoriškumas turi būti atribojamas pagal bausmės tikslų teoriją ir „nusikaltėlio proto kriterijus" (*Roxin*, Heinitz-Festschr., S. 251; SK-*Rudolphi*, §24, Nr. 25). Tačiau šie kriterijai nėra pakankamai tikslūs (išsamiau žr. *Ulsenheimer*, min. veik., S. 306).

646 5. Už baigtą pasikėsinimą nėra traukiama baudžiamojon atsakomybėn, jei kaltininkas savanoriškai sukliudo baigti veiką (§24 I 1 antra alternatyva) arba tada, kai veika negali būti užbaigta be kaltininko veiksmų, o jis savanoriškai ir rimtai rūpinasi, kad baigti veiką būtų sukliudyta (§24 I 2). Pagal vyraujančią nuomonę, kliudymu užbaigti veiką pripažįstami tokie atvejai, kai apsisprendęs atsisakyti kaltininkas sąmoningai ir valingai pradeda naują priežastinę seką, kuri bent jau prisideda prie to, jog veika neužbaigiama. Tai, kad prie to prisideda ir kitos, nuo kaltininko valios nepriklausančios aplinkybės, dar nereiškia, jog atsisakymas nėra laikomas savanorišku. Atsisakymą pripažinti savanorišku nekliudo ir ta aplinkybė, jog kaltininkas turėjo galimybę daryti kažką kita ar daryti daugiau ir taip geriau garantuoti, kad veika nebus baigta (BGHSt 33, 295, 301; BGH NStZ 89, 525). Tokiai pozicijai reikia pritarti, bet su išlyga, kad kaltininkas netraukiamas baudžiamojon atsakomybėn tik tada, kai jis, padarydamas teigiamus veiksmus, vėl stabilizuoja anksčiau jo sutrikdytą pasitikėjimą bendru normų galiojimu, kai dabartinis kaltininko elgesys yra nukreiptas gresiantiems padariniams išvengti ir kai jis veikia taip naudodamasis ir svetima pagalba, jog tai, kad užkertamas kelias veikai baigti, gali būti laikoma jo „kūriniu" (bent jau iš dalies) (išsamiau žr. *Rudolphi*, NStZ 89, 508; kitaip *Herzberg*, NJW 89, 862, kurio manymu, iš atsisakiusiojo padaryti veiką §24 I atvejais turi būti reikalaujama optimalių veiksmų).

Pavyzdžiai iš teismų praktikos: A, kai sutuoktinių M nebuvo namie, padegė jų kambarį. A graužė sąžinė dėl to, kad kambaryje liko miegantis vaikas, todėl jis paskambino į kavinę, kurioje buvo šeimininkė, ir pasakė, kad ji turėtų kuo greičiau grįžti namo. Moteris išskubėjo namo, ir čia sugrįžusi rado jau gaisrininkų užgesintą gaisrą. Ugnis nuo padegtų baldų ir užuolaidų dar nebuvo spėjusi apimti viso pastato. Norėdamas įsitikinti, ar gaisras laiku buvo pastebėtas, A į gaisravietę grįžo dar prieš atvykstant gaisrininkams. Nors A, skambindamas į kavinę, nepasakė, kodėl moteris turėtų grįžti į namus, nes kilo gaisras, ir nebuvo tikras, ar moteris iš karto paklus šiam raginimui, Federalinis teismas (BGH NJW 85, 813), kitaip negu žemesnė instancija, vis tiek pripažino, kad šiuo atveju atsisakymas pasikėsinti vertintinas kaip pagrindas atleisti asmenį nuo baudžiamosios atsakomybės už pasikėsinimą padaryti sunkų nusikaltimą (*Bloy*, JuS 87, 528).

Tuo atveju, kai kaltininkas iš pradžių daro viską, ko, jo manymu, reikia aukai išgelbėti (kurią jis pats nuodijo preparatu E605), t.y. iškviečia greitąją pagalbą, bet vėliau, duodamas klaidingus paaiškinimus apie tai, kas atsitiko aukai, atsisako toliau padėti, nors ir suvokia, kad tiesa padėtų sėkmingiau baigti gelbėjimo akciją, Federalinio teismo manymu (BGH NStZ 89, 525), net ir tuo atveju, kai pavyksta išgelbėti gyvybę, nėra nuo

baudžiamosios atsakomybės atleidžiančio pasikėsinimo nužudyti, nes lemiamą akimirką kaltininkui pritrūko noro auką išgelbėti (kritiką žr. *Herzberg*, JR 89, 449; abejonių dėl nuteisimo konkrečiu atveju reiškia *Rudolphi*, NStZ 89, 508, 514).

647 Jei baigto pasikėsinimo atveju pastangos gelbėti esti nesėkmingos, tai padarinių atsiradimo rizika būti patrauktam baudžiamojon atsakomybėn už baigtą veiką tenka kaltininkui. Taip yra net ir tada, kai kaltininko pastangos užkirsti kelią padariniams nepavyksta dėl nelaimingo atsitiktinumo, dėl trečiųjų asmenų įsikišimo ar dėl nenugalimos jėgos. Svarbu yra tik tai, kad priežastinis kaltininko veikimas pasireiškia baigtoje veikoje ir kad veikos sudėtį atitinkančios priežastinės sekos pagrindu konkrečiais padariniais realizuojamas būtent tas pavojus, kurį sukėlė ar padidino ankstesnis kaltininko elgesys (plg. Nr. 180 ir toliau).

Jeigu B tampa laišku atsiųstos bombos su stipriais sprogmenimis auka vien dėl to, kad A savanoriškos pastangos sutrukdyti pristatyti laišką B nepavyksta, nes pakeliui į B namus A pervažiuoja automobilis ir A be sąmonės nugabenamas į ligoninę, ir tokiu atveju nuo baudžiamosios atsakomybės atleidžiančio atsisakymo baigti pasikėsinimą (§24 I 1 antra alternatyva) nėra. A turi būti baudžiamas už baigtą veiką (§212, 211, 311). Tai, kad jis sprogimo momentu buvo be sąmonės ir neturėjo galimybės įvykiams daryti kokios nors įtakos, yra nesvarbu. Čia svarbiausia yra tai, kad A, pradėdamas daryti veikos poelgį, įvykius valdė pats, o išsiuntęs laišku bombą, tolesnę įvykių eigą paleido iš savo rankų. Jo nesėkmingas mėginimas vėl valdyti įvykius netrukdo padarinių priskirti jam. Dėl to, kad B mirė dėl A veiksmų, nekyla jokių abejonių.

648 §24 I 2 pirmiausia yra svarbus netinkamo ar objektyviai nepasisekusio pasikėsinimo atvejais, kai pats kaltininkas nesuvokia, jog jo pasikėsinimas netinkamas ar nepasisekęs (plg. BGHSt 11, 324). Tačiau šia norma įtvirtinta taisyklė taikoma kaltininko naudai ir tada, kai trūksta jam inkriminuojamos baudžiamosios veikos baigimo, nes konkretūs padariniai atsiranda visiškai netipiškai ir nedėsningai rutuliojantis įvykiams.

Pavyzdys. Ginčo metu A duria peiliu savo palydovui B (netiesioginė tyčia nužudyti) į krūtinę. Kai B be sąmonės suklumpa, A, bijodamas baisiausios baigties, pradeda gailėtis. Norėdamas išgelbėti B gyvybę, A iškviečia greitąją pagalbą. Tačiau greitosios pagalbos automobilis, gabendamas B į ligoninę, susiduria su sunkvežimiu, kurio vairuotojas L važiavo degant raudonai šviesoforo šviesai. Šios nelaimės metu B žūsta. Jeigu avarija nebūtų įvykusi, gydytojai jo gyvybę būtų išgelbėję. Šioje situacijoje dėl priežastinio ryšio buvimo tarp A dūrio peiliu ir B mirties abejonių nekyla, nes jeigu B nebūtų padaryta durtinė žaizda, jis nebūtų atsidūręs greitosios pagalbos automobilyje, o kartu ir avarijos vietoje. Tačiau nukentėjusiojo mirtis gali būti kaip jo „kūrinys" inkriminuojama ne B, o avarijos sukėlėjui L, nes mirtinas pavojus yra kiekvienos kelionės automobiliu nuolatinė rizika ir dūris peiliu nė kiek šios rizikos nepadidina. Tokioje B mirtyje realizavosi ne A, bet vien tik L sukeltas pavojus (§222). Todėl A negali būti kaltinamas dėl baigto nužudymo, o tik dėl pasikėsinimo nužudyti pagal §212. Tačiau pagal §24 I 2 jis turi būti atleistas nuo baudžiamosios atsakomybės, kadangi savanoriškai ir rimtai rūpinosi, kad būtų užkirstas kelias veikai baigti (apie nuo to nepriklausantį traukimą baudžiamojon atsakomybėn pagal §223, 223 a žr. BGH StrVert 82, 219 ir Nr. 615).

649 Rimtos pastangos §24 I 2 prasme, kuriomis sąmoningai ir valingai norima pakeisti pradėtą priežastinio įvykio eigą atkuriant pradinę padėtį, kai kaltininkas daro vis-

ką, kas, jo manymu, būtina ir reikalinga siekiant išvengti gresiančių padarinių. Aiškiai nepakankamų ar netgi neprotingų priemonių neužtenka. Jeigu pavojus gresia žmogaus gyvybei, tai bandymui išgelbėti turi būti keliami itin dideli reikalavimai.

Tuo atveju kai, pavyzdžiui, asmenį smarkiai sužeistą peiliu ar kulka, išgelbėti gali tik greitas gydymas ligoninėje, paprasčiausiai subintuoti, daugiau nieko nedarant, nepakanka. Norintysis iškviesti greitosios pagalbos automobilį, bet negalintis pasinaudoti viešu telefono automatu, nes neturi monetų, turi apsvarstyti ir kitas galimybes, kaip paskambinti (plg. BGH MDR 78, 279 ir 985; 80, 453 pas *Holtz*; SK-*Rudolphi*, §24, Nr. 30). Atleidžiami nuo baudžiamosios atsakomybės pagal §24 I 2 gali būti tik tie, kurie panaudoja visas jiems žinomas ir prieinamas rekomenduotinas gelbėjimo galimybes ir priemones, kurios, jų įsitikinimu, geriausiai gali užkirsti kelią padariniams atsirasti ir veikai baigti (BGHSt 31, 46). Jeigu kaltininkas palieka gelbėjimo priemonių panaudojimą sunkiai sužeistai aukai ar tretiesiems asmenims, tai jis privalo žiūrėti, kad atsitiktinumui neliktų jokios erdvės ir įsitikinti, jog siekiant išvengti padarinių iš tikrųjų imamasi reikalingų ir tinkamų priemonių (BGHSt 33, 295, 302; BGH NJW 86, 1001).

650 Keturioliktuoju a atveju A, baigęs pasikėsinimą, užkirto kelią §306 Nr. 2, 308 I pirmoje alternatyvoje numatytų baudžiamųjų teisės pažeidimų padariniams. Tai jis padarė užgesindamas ugnį ir sutrukdydamas užsiliepsnoti visam gyvenamajam pastatui. Šio atsisakymo „savanoriškumo“ nepaneigia ir tai, kad prieš tai jo žmona F atskleidė šį baustiną poelgį, tačiau A nebijojo, jog jo žmona inicijuos baudžiamojo persekiojimo priemonių panaudojimą, todėl A „apsisprendė pats“. Todėl pagal §24 I 1 antrą alternatyvą A negali būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn už pasikėsinimą padegti.

651 6. Bet pagal §24 netraukiama baudžiamojon atsakomybėn už pasikėsinimą. Jei pats pasikėsinimas padaryti baudžiamąjį teisės pažeidimą jau yra baigta baudžiamoji veika, pavyzdžiui, kūno sužalojimas pasikėsinant nužudyti ar apiplėšti, tai už šią baigtą veiką, nepaisant atsisakymo, turi būti traukiama baudžiamojon atsakomybėn (vadinamasis kvalifikuotas pasikėsinimas); taip yra tiek įstatymų, tiek ir veikų sutapties atvejais (BGHSt 7, 296, 300; 17, 1; BGH StrVert 82, 14; OLG Zweibrücken JR 91, 214 apie §178 santykį su §177, 22 savanoriškai atsisakius nebaigto pasikėsinimo išžaginti). Atsisakymo nuo pasikėsinimo padaryti privilegijuotą baudžiamąjį teisės pažeidimą atveju kartais negali būti baudžiama ir už realizuotą bendrą veikos sudėtį, jeigu taip veikos privilegijuotieji požymiai netektų prasmės. Taip, pavyzdžiui, gali būti savanoriškai atsisakius pasikėsinimo nužudyti aukai prašant (= nusižengimas pagal §216, 22) atveju. Jeigu tokiu atveju lieka sunkių sužeidimo padarinių (aklumas, paralyžius ir t.t.), tai kaip *ratio legis* galima bausti ne pagal §224 kaip už nusikaltimą, o tik pagal §223, 223 a kaip už nusižengimą (plg. BGHSt 24, 262, 266; LK-*Hirsch*, §224, Nr. 32).

Prieš pasikėsinimą pasiektas susitarimas dėl atitinkamo nusikaltimo §30 II prasme atsisakymo atveju reikšmės neturi (BGHSt 14, 378). Dėl to, ar tai yra bendra taisyklė visiems pavojaus deliktams, yra ginčijamasi (šią nuomonę palaiko *Jescheck*, AT §51 V 12; su tuo nesutinka BGHSt 39, 12; D-*Tröndle*, §221 Nr. 11; LK-*Jähnke*, §221 Nr. 26).

Taigi jeigu B parašo pareiškimą, tai A keturioliktuoju a atveju turi būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn kaip pažeidęs būsto neliečiamybę ir sugadinęs daiktus (§123, 303, 52).

652 7. §24 II sugriežtina atsisakymo kaip atleidimo nuo baudžiamosios atsakomybės pagrindo prielaidas, kai pasikėsinime įvykdyti deliktą dalyvavo keli asmenys. Ir nebaigto pasikėsinimo atvejais paprasto neveikimo atsisakymui nepakanka. Atsisakiusieji netraukiami baudžiamojon atsakomybėn už pasikėsinimą tik esant papildomai prielaidai – atsisakius tolesnio bendrininkavimo ar jau padaryto įnašo į veiką, dar turi būti sutrukdoma ir baigti veiką.

To, pavyzdžiui, reikalaujama, kai kėsinantis nunuodyti, padėjėjas, turįs tiekti nuodus dozėmis, atsisako tiekti eilinę dozę ir taip sukliudo pagrindiniam vykdytojui baigti veiką. Tačiau ir bendrininkavimo atveju baigti veiką sukliudantis atsisakymas gali būti padarytas toliau neveikiant. Taip, pavyzdžiui, bendravykdytojai gali atsisakyti planuoto pasikėsinimo nužudyti po nepavojingo gyvybei šūvio visi kartu atsisakydami panaudoti turimas priemones veikai baigti (BGH NStZ 89, 317).

Bendrininkas, atsisakęs padaryti baudžiamąją veiką remiantis §24 II, baudžiamojon atsakomybėn už pasikėsinimą nėra traukiamas:

a) kai jis (padarydamas savo įnašą į veiką ją padaro nekenksmingą ar tai padaro kitu būdu) savarankiškai sutrukdo užbaigti veiką, kurios pasikėsinime dalyvavo;

b) kai jis savarankiškai ir rimtai rūpinasi norėdamas sutrukdyti baigti veiką, jei ta veika (pvz., netinkamo pasikėsinimo atveju) jam nedalyvaujant negali būti užbaigta arba yra įvykdoma nepriklausomai nuo jo ankstesnio įnašo į veiką.

Taip, pavyzdžiui, pasikėsinime vogti dalyvavęs padėjėjas nėra atleidžiamas nuo baudžiamosios atsakomybės vien dėl to, kad jis iš bendrininkų atgauna jiems duotą padirbtą prekių sandėlio raktą. Remiantis §24 II jis nebus traukiamas baudžiamojon atsakomybėn už padėjimą padaryti vagystę tik tuo atveju, jei jis taip sutrukdo baigti pradėtą veiką (§24 II 1) arba kai jis, paveikdamas bendrininkus, įspėja nukentėjusįjį – paskambina policijai ir pan. Savanoriškai ir rimtai pasirūpina, kad būtų sutrukdyta baigti veiką, jei „veika“ (turima omenyje pagal pagrindinius bruožus identifikuojama veika) yra užbaigiama nepriklausomai nuo jo ankstesnio įnašo į veiką (pvz., kai įvykio vietoje esantys bendrininkai, atidavę padirbtą raktą, išlaužia prekių sandėlio duris ir vykdo suplanuotą vagystę; plg. §24 II 2).

Išsamiau (skirtingas nuomones specialiais klausimais) žr. *Gores*, Der Rücktritt des Tatbeteiligten, 1982; *Grünwald*, Welzel-Festschr., S. 281, *Mitsch*, Baumann-Festschr., S. 89; *Otto*, JA 80, 641, 707 su kitomis nuorodomis.

653 Šis atsisakymo prielaidų sugriežtinimas yra grindžiamas tuo, kad, įstatymų leidėjo manymu, bendrininkų vykdomas pasikėsinimas yra pavojingesnis už vieno kaltininko pasikėsinimą. Todėl ir atsisakymo taisyklė buvo suformuluota, kad pagal galimybes geriau sutrukdytų baigti veiką.

Tas, kuris kartu su kitais planavo padaryti baudžiamąją veiką (pvz., apiplėšti banką) ir jau kai kuriais poelgiais (= ginklų ar transporto, skirto pabėgti, parūpinimas) prisidėjo prie šios veikos, nėra atleidžiamas nuo baudžiamosios atsakomybės vien dėl to, kad jis dar rengimosi stadijoje atsisakė bendrų ketinimų ir bandė perkalbėti bendrininkus, ta-

čiau kiti bendrininkai suplanuotą veiką įvykdė be šio asmens, turėdami naudos iš jo anksčiau į veiką padaryto įnašo. Tokiu atveju §24 nėra taikomas, o „norėjęs atsisakyti" turi būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn bent jau už padėjimą padaryti bendrą veiką (BGHSt 28, 346; žr. BGH NStZ 94, 29).

654 8. Keturioliktuoju b atveju A padaryti padegimo deliktai buvo baigti, nes ugnis apėmė pastato dalis – langus (plg. BGHSt 18, 363). Tokiu atveju §24 nėra taikytinas. Tačiau kai kurios nuostatos, kaip §310, 139 IV 1, numato ir baigtos baudžiamosios veikos padarymo atvejais galimybę būti atleistam nuo baudžiamosios atsakomybės dėl vadinamosios aktyvios atgailos (išsamiau žr. *Jescheck*, AT §51 V).

Remiantis §310, kuriame numatytos prielaidos kaip tik mūsų aptariamuoju keturioliktuoju b atveju, A taip pat nebus baudžiamas už padegimą (bet greičiausiai §123, 303, 52).

Aktyvi kaltininko atgaila pagal §310 prasmę netrukdo kaltininką bausti pagal §310 a už sukeltą padegimo pavojų (BGHSt 39, 128).

III DALIS

NEATSARGŪS VEIKIMU PADAROMI DELIKTAI

§15. NEATSARGIOS BAUDŽIAMOSIOS VEIKOS SANDARA. NORMŲ TIKSLAS IR PADARINIŲ NEIŠVENGIAMYBĖ

655 Penkioliktasis atvejis. Vairuotojas A važiuoja automobiliu per gyvenvietę 30 km/h greičiu. Staiga priešais jį ant kelio iššoka devynmetis berniukas J: jis žaisdamas buvo pasislėpęs už kombaino ir dabar nori perbėgti į kitą kelio pusę. Atidžiai vairuojantis A tuoj pat stabdo, tačiau jau neįmanoma ko nors padaryti – automobilis užvažiuoja ant J ir mirtinai jį sužaloja.

a) ar A kaltas dėl neatsargaus nužudymo?

b) kaip būtų, jei A nebūtų laikęsis maksimaliai leistino greičio 50 km/h ir būtų važiavęs 60 km/h greičiu?

c) kaip reikėtų vertinti A elgesį, jei J (matomas iš toli) būtų buvęs vienas iš abiejose gatvės pusėse žaidžiančių vaikų.

I. Neatsargumo sąvoka ir pasireiškimo formos

656 1. Kiekvienos baudžiamosios veikos pagrindą sudaro socialiai svarbus žmogaus elgesys; tai pasakytina tiek apie tyčinius, tiek apie neatsargius deliktus (plg. Nr. 82 ir toliau). Tačiau jei tyčinei veikai yra būdinga valia įvykdyti veikos sudėtį suvokiant visus objektyvius veikos sudėties požymius (plg. Nr. 203), tai neatsargi veika padaroma realizuojant įstatyme numatytą veikos sudėtį nesilaikant žmonių santykiams būtino rūpestingumo.

Dar neseniai neatsargiems deliktams nebuvo skiriama daug dėmesio. Ir tik kartu su besiplečiančia industrializacija bei transporto srauto gausėjimu šie deliktai iškilo į paviršių. Lyginant su 1900 metais, šiandien už neatsargius nužudymus nuteisiama dešimt kartų, o už neatsargius kūno sužalojimus – netgi dvidešimt kartų dažniau. Paskui tokią staigią raidą baudžiamoji teisės teorija negalėjo spėti.

657 a) Kauzalinis mokymas apie poelgį neatsargios veikos neteisėtumo turinį apribojo tik atsiradusiais socialiai žalingais padariniais; pats neatsargumas buvo suprastas kaip

kaltės rūšis. Vėliau kaltės sferoje buvo pradėta skirti objektyviai būtiną ir kaltininkui galimą rūpestingumo nebuvimą (*Frank*, StGB, §59 VIII 4; *Mezger*, Lb §46 III). Naujesnis mokymas perkėlė šias neatsargumo tikrinimo „dvi pakopas" į (objektyvų) priešingumo teisei ir į (subjektyvų) kaltės lygius (*Baumann-Weber*, AT §28 II, *Henkel*, Mezger-Festschr., S. 249, 282). Šiuo metu įsigalėjo požiūris, kad objektyviai būtino rūpestingumo nesilaikymas yra priskirtinas jau neatsargių deliktų veikos sudėčiai (*Bockelmann-Volk*, AT, S. 158; *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt, S. 26; *Jescheck*, AT §54 I 3, 4; *Schüchter*, JA 84, 673; *Sch-Sch-Cramer*, §15, Nr. 115, 121 su kitomis nuorodomis; išsamiau žr. *Quentin*, JuS-Lernbogen 1994, L 41, 49, 57; *Schünemann*, JA 75, 435 ir toliau).

Pagal šiuo metu vyraujantį požiūrį neatsargumas nėra paprasta „kaltės forma", o specifinė baudžiamojo elgesio rūšis, kuriame susijungia neteisėtumo ir kaltės elementai.

Plg. BGHSt 4, 341; OLG Stuttgart JZ 80, 618; *Roxin*, AT §24, Nr. 47; kitaip mano *Baumann-Weber*, AT §28; *Schmidhäuser*, AT 7/92.

Kaip ir „tyčia" (plg. Nr. 142), „neatsargumas", kaip elgesio rūšis ir kaip kaltės forma, yra dvejopos prigimties. Toks suvokimas įsigali naujausioje teismų praktikoje – ir baudžiamosiose, ir civilinėse bylose (BGHSt 20, 315, 320 ir toliau; OLG Hamm VRS 60, 38; BGHZ 24, 26), tačiau nuo atsakomybės atleidžiantiems pagrindams ginčytinai priskiriamas „teisingas elgesys".

Jei priešingos teisei veikos padarymo atveju yra nuneigiamas tyčios buvimas, tai šitai dar nereiškia, kad automatiškai patvirtinamas neatsargumas; ar esama neatsargumo prielaidų, turi būti tikrinama atskirai. Jeigu neįmanoma įrodyti, kad kaltininkas elgėsi tyčia, tai įrodžius, kad jo elgesys buvo neatsargus, jis turi būti teisiamas už atitinkamos neatsargios veikos sudėties realizavimą (RGSt 59, 83; BGHSt 17, 210; *Jescheck*, AT §54 I 2; *Roxin*, AT §24, Nr. 72).

658 b) Dėl neatsargių deliktų specifikos negalima nei „pasikėsinti" juos padaryti, nei „bendrininkauti" juos darant.

Neatsargus elgesys, kaip nežinojimas arba kaip įvykdymo valios nebuvimas, niekada nėra „apsisprendimas padaryti veiką", kaip tai yra numatyta §22. Bendrininkavimas darant neatsargią veiką gali būti tik gretutinio vykdymo ar (tyčia pasinaudojus neatsargiu kitų elgesiu) netiesioginio vykdymo forma (plg. *Jescheck*, AT §54 IV; *Spendel*, Lange-Festschr., S. 147, 152; *Walder*, Spendel-Festschr., S. 363; kitaip mano *Otto*, Spendel-Festschr., S. 271 ir Jura 90, 47, kuris neatmeta ir bendrininkavimo galimybės).

659 c) Už neatsargiai padarytą veiką baudžiama tik tada, kai įstatymas tai aiškiai numato (§15).

Neatsargios veikos, kaip ir tyčinės, yra skirstomos į padaromas veikimu ir neveikimu (plg. §316 II, §138 II), į deliktus su padariniais (pvz., §222, 230 I) ir veikos deliktus (pvz., 163). Deliktų su padariniais atveju dažniausiai įstatyme numatytoje veikos sudėtyje pats poelgis išsamiai neaprašomas; kaip vadinamosios „papildymo reikalaujančios veikos sudė-

tys", jos turi būti užpildytos teisėjo, kuris kiekvienu konkrečiu atveju turi konkretizuoti objektyvios pareigos rūpintis turinį (*Jescheck*, AT, §54 I 3; *Lenckner*, Engisch-Festschr., S. 501; kritiką žr. *Bohnert*, ZStW 94, 68).

660 2. Neatsargumo sąvoka įstatyme nėra apibrėžta. Teismų praktika ir teisės mokslas skiria dvi priešiškumo formas: nusikalstamą nerūpestingumą ir nusikalstamą pasitikėjimą.

Nusikalstamai nerūpestingai elgiasi tas, kuris konkretaus veikimo ar neveikimo atveju nesilaiko rekomenduotino rūpestingumo ir taip, net to nesuvokdamas, įvykdo įstatyme nustatytą veikos sudėtį.

Nusikalstamai pasitikėdamas elgiasi tas, kuris numato tam tikrą įstatyme nustatytą veikos sudėties realizavimo tikimybę, tačiau tikisi, jog ši veikos sudėtis nebus realizuota.

Plg. RGSt 56, 343, 349; 58, 130, 134; *Jeschech*, AT §54 II. Neatsargumo skirstymas į nusikalstamą nerūpestingumą ir nusikalstamą pasitikėjimą svarbus tik nustatant bausmės dydį.

661 Kai kuriose nuostatose reikalaujama lengvabūdiško elgesio (pvz., §97 II, 138 III, 176 IV, 177 III, 178 III, 251, 311 III). Lengvabūdiškai elgiasi tas, kuris itin nesilaiko rekomenduotino rūpestingumo. Ši sąvoka, su kuria susijęs neteisėtumo ir kaltės padidėjimas, objektyviai atitinka didelį neatsakingumą civilinėje teisėje (BGHSt 14, 240, 255; 33, 66; BGH StrVert 94, 480; OLG Nürnberg NStZ 86, 556). Tačiau kaltės sferoje ši sąvoka remiasi individualiais kaltininko sugebėjimais ir žiniomis (išsamiau žr. *Arzt*, Schröder-Gedschr., S. 119; *Maiwald*, GA 1974, 257; *Tenckhoff*, ZStW 88, 897; *Wegscheider*, ZSt 98, 624).

662 3. Dėl neatsargumo sąvokos, kaip elgesio ir kaltės formos, dvigubos funkcijos, reikia tikrinti dviem pakopomis: neteisėtos veikos sudėties ribose turi būti nustatytas objektyviai būtino rūpestingumo nesilaikymas, o dėl kaltės lieka patikrinti, ar kaltininkas, atsižvelgiant į jo individualaus suvokimo ribas, galėjo laikytis objektyvių rūpestingumo reikalavimų.

Žr. apie tai *Maiwald*, JuS 89, 186, *Sch-Sch-Cramer*, §15, Nr. 121 ir toliau, 190; kitaip mano *Maurach-Gössel*, AT §43, Nr. 112, kuris individualų žalos teisiniam gėriui padarymo numatymą laiko subjektyvios neatsargių deliktų veikos sudėties sudedamąja dalimi; panašiai mano *Jakobs*, AT 9/4, 8 ir toliau; *Schöne*, Gedschr. für Hilde Kaufmann, S. 649, 668; *Struensee*, GA 1987, 97, taip pat JZ 87, 53 ir 541.

II. Neatsargių deliktų su padariniais neteisėtos veikos sudėtis

663 Penkioliktuoju a atveju A galėjo įvykdyti §222 numatytą veikos sudėtį. Remiantis šia norma baudžiamas yra tas, kuris „neatsargiai sukėlė" kito asmens mirtį. Žodinis šios nuostatos tekstas nėra tikslus, nes mirties niekada negali sukelti „neatsargumas" (= teisinė sąvoka), o tik „neatsargus elgesys". Tačiau ir ši kalbinė korektūra palieka neatsakytą į klausimą, kokie požymiai priklauso konkrečiai neteisėtos veikos sudėčiai.

664 1. Neatsargios veikos neteisėtumo turinį nusako šios veikos padarinių ir poelgio žalingumas. Neatsargių deliktų su padariniais neteisėtos veikos sudėties pagrindą sudaro trys vienas su kitu glaudžiai susiję požymiai: padarinių sukėlimas, objektyvios pareigos rūpintis pažeidimas ir į rūpestingumo normos apsauginius tikslus orientuotas elgesio klaida paremtas padarinių objektyvus inkriminavimas (išsamiau žr. BGHSt 33, 61; OLG Stutgart JZ 80, 618; OLG Hamm VRS 60, 38).

665 Paprastų veikos deliktų (pvz., §163 arba §316 II) atveju atkrinta čia toliau aptarinėjama padarinių problematika kartu su visomis su tuo susijusiomis ypatybėmis. Šių deliktų esmę sudaro tai, kad neteisėta veikos sudėtis įvykdoma taip, kaip aprašyta įstatyme (pvz., duodant melagingą priesaiką §163). Tokiais atvejais esant pareigai rūpintis pažeidimo „padariniais" numatymą pakeičia veikos sudėties įvykdymo suvokiamumas.

666 2. Norint patvirtinti tai, kad deliktai su padariniais atitinka veikos sudėtį, pirmiausiai būtina nustatyti, ar kaltininkas valingai valdomu ar valdytinu elgesiu (= veikimas ar neveikimas) sukėlė socialiai žalingų padarinių.

Penkioliktuoju a atveju taip ir buvo. Tai, kad A važiavo automobiliu, buvo J mirties *condicio sine qua non.*

667 3. Iš karto po to turi būti tikrinama, ar buvo suklysta elgiantis. Tikrinama turi būti atsižvelgiant į tai, ar veikos sudėtį atitinkantys padariniai buvo objektyviai numatytini ir ar kaltininkas nesilaikė žmonių santykiams būtino rūpestingumo.

Toks sisteminis išdėstymas yra pagrįstas įpareigojamosios normos turiniu. Esant §222 numatytam atvejui elgesio norma negali skambėti taip: „Nesukelk" kito asmens mirties! Toks imperatyvas dėl sąlygos teorijos neriboto platumo būtų neįvykdomas ir todėl beprasmis. Įvykdoma ir prasminga yra tik norma: „Konkrečiu atveju laikykis būtino rūpestingumo, kad išvengtum kito asmens mirties!" (plg. *Engisch*, Eb. Schmidt-Festschr., S. 90, 102).

Mokymo apie pareigos rūpintis pažeidimą kritiką žr. *Jakobs*, AT 9/6-8; *Schmidhäuser*, Schaffstein-Festschr., S. 129; F.C.*Schroeder*, JZ 89, 776 su kitomis nuorodomis ir su pasiūlymu neatsargumą apibrėžti kaip veikos sudėties įvykdymo suvokiamumą. Apie tai žr. *Kindhäuser*, GA 1994, 197.

Padarinių numatymas ir pareigos rūpintis pažeidimas, kaip poelgio neteisėtumo sudedamosios dalys, yra susiję ir todėl negali būti vertinami atskirai. Objektyviai numatytina yra tai, į ką apdairiai besielgiantis kaltininkas, atsižvelgdamas į konkrečiai egzistuojančias aplinkybes ir vadovaudamasis bendra gyvenimo patirtimi, atkreiptų dėmesį. Apie čia svarstomus rūpestingumo reikalavimus iš esmės galima sakyti taip:
668 a) Pareigos rūpintis turinį sudaro reikalavimai atpažinti dėl konkretaus elgesio saugomam teisiniam gėriui kylantį pavojų ir pagal tai atitinkamai elgtis, t.y. pavojingą poelgį atlikti tik prieš tai ėmusis pakankamų atsargumo priemonių arba visai tokio poelgio atsisakyti (plg. BGHSt 5, 271; 20, 315, 320; BGH VRS 5, 47).

Objektyviai priešingai jo pareigoms, pavyzdžiui, elgiasi tas, kuris imasi kokios nors veiklos tam neturėdamas reikiamos kompetencijos (BGHSt 10, 134; BGH NJW 84, 655; JR 86, 248 = vadinamasis „neatsargumas, pasireiškiantis prisiimant tam tikrus įsipareigojimus").

669 b) Reikiamo rūpestingumo pobūdis ir dydis nustatomi pagal reikalavimus, kurie gali būti keliami, jei pavojaus būklę vertinsime „*ex ante*“ (BGH VRS 5, 368; GA 1969, 246), protingam ir sąžiningam žmogui atsižvelgiant į konkrečią padėtį ir besielgiančiojo socialinį vaidmenį (*Jescheck*, AT §55 I 2 b; BGHSt 7, 307; 20, 315, 321; BGH JR 86, 248; NStZ 91, 30).

Mažumos nuomone, itin svarbu turėtų būti objektyvizuoti individualias galimybes (plg. SK-*Samson*, Nr. 13 §16 priede; *Stratenwerth*, Jescheck-Festschr., S. 285; kritiką žr. *Herzberg*, Jura 84, 402; *Roxin*, AT §24, Nr. 47 ir toliau; *Sch-Sch-Cramer*, §15, Nr. 142; *Wolter*, GA 1977, 257, 265; apibendrina *Kaminski*, Der objektive Maßstab im Tatbestand des Fahrlässigheitsdelikts, 1992).

670 Sprendžiant pavojaus suvokiamumo klausimą, būtina atsižvelgti ir į tai, ar kaltininkas panaudojo savo turimas specialias žinias (BGH JZ 87, 877; *Jescheck*, AT §55 I 2 b; diferencijuoja *Jakobs*, Gedschr. für Armin Kaufmann, S., 271, 285). Pavyzdžiui, žinantysis, kad gatvių sankryža yra ypač pavojinga ar kad kas nors serga kraujo liga, turi į tai kreipti dėmesį ir elgtis atsargiau, negu būtų reikalaujama elgtis to nežinant. Dalis teisės mokslininkų nustatant rūpestingumo dydį siūlo atsižvelgti ir į specialius sugebėjimus. Šis siūlymas yra grindžiamas tuo, kad didesni individualūs sugebėjimai įpareigoja būti apdairiam ir pateisina elgesiui keliamus didesnius reikalavimus (taip mano *Sch-Sch-Cramer*, §15, Nr. 138 ir toliau).

Šiaip jau pareigai rūpintis reikėtų vengti kelti per didelius reikalavimus, ypač tada, kai rizikingai elgiamasi siekiant patenkinti ar išsaugoti svarbius socialinius interesus.

671 Prasmingai pareigą rūpintis apriboti leidžia teismų praktikoje (pirmiausiai kalbant apie kelių eismą) išplėstas pasitikėjimo principas:

Tas, kuris laikosi rekomenduojamo rūpestingumo, savo ruožtu gali tikėtis, kad ir kiti žmonės atitinkamai rūpestingai elgsis tol, kol neatsitiks aiškiai priešingai, ar tol, kol nerūpestingo elgesio galima tikėtis dėl ypatingo pobūdžio priežasčių (paskutinės alternatyvos pavyzdys: darželinukų ar pradinukų nepatyrimas ir neprognozuojamas elgesys jiems einant per gatvę; išsamiau žr. BGHSt 7, 118; 12, 81; 13, 169; BGH VRS 14, 294; 15, 123; 62, 166). Tas pat pasakytina ir apie atvejus, kai bendradarbiaujama pasidalijant darbus, pvz., operacijų, mokslo eksperimentų, gelbėjimo akcijų ir panašių darbų metu (plg. *Wilhelm*, Jura 85, 183; BGH StrVert 88, 251 apie klinikai vadovaujančio gydytojo atsakomybę; BGH NJW 80, 649 apie chirurgų ir anesteziologų atsakomybės atribojimą).

672 c) Su taip nustatomu objektyviai reikalingo rūpestingumo turiniu būtina palyginti padarinius sukeliantį kaltininko elgesį:

Jei elgesys atitinka šiuos reikalavimus, tai jis yra rūpestingas, teisingas ir dalykiškai neklaidingas; vadinasi, išnyksta poelgio žalingumas, o su juo – atitikimas veikos sudėtį.

Jei realus kaltininko elgesys neatitinka teisėtvarkos reikalavimų, tai jis yra nerūpestingas, neteisingas ir dalykiškai klaidingas.

673 4. Padarinių sukėlimas ir pareigos rūpintis pažeidimas savaime dar nepagrindžia delikto su padariniais veikos sudėties; dar reikia objektyvaus tam tikrų padarinių in-

kriminavimo. Šis norminis kriterijus reikalauja, kad tarp rūpestingumo trūkumo ir padarinių bei pareigų pažeidimo ir apsaugos tikslų būtų tam tikras ryšys: per konkrečius padarinius, esant veikos sudėtį atitinkančiai priežastinei eigai, turėtų būti įgyvendintas kaltininko elgesio „priešingumas pareigoms“, t.y. tas teisiškai smerktinas pavojus, kuris atsirado ar padidėjo dėl kaltininko pažeistos pareigos rūpintis, kai to pagal atitinkamos normos apsauginius tikslus siekiama išvengti.

Išsamiau žr. Nr. 176 ir toliau, taip pat BGHSt 33, 81; 37, 106, 115; BGH JR 89, 382; BayObLG JZ 82, 731; OLG Hamm VRS 60, 38; OLG Stuttgart JZ 80, 618 ir NJW 82, 295; *Krümpelmann*, JR 89, 353; *Küper*, Lackner-Festschr., S. 247; *Maiwald*, JuS 89, 186; *Schlüchter*, JA 84, 673. Apie civilinę teisę žr. BGH DAR 86, 17; VRS 73, 94. Kritiką žr. NK-*Puppe*, Nr. 183 ir toliau prieš §13; taip pat *Lampe*, ZStW 101, 3, kuris mokymą apie apsauginius normų tikslus priskiria priešingumui teisei ir pirmiausia nori remtis galimybe remtis normas atitinkančiu elgesiu (min. veik., S. 49).

674 Padarinių inkriminavimo apribojimai šiais atvejais, kaip ir tyčinio deliktų padarymo atvejais, gali kilti iš asmeninės atsakomybės principo ir iš juo pagrįstų atsakomybės variacijų. Pavyzdžiui, tas, kuris neatsargiai sukursto, įgalioja arba paskatina kitus asmeninės atsakomybės pagrindu pakenkti sau ar sužaloti save, negali jau vien dėl to būti baudžiamas už neatsargų nužudymą ar už neatsargų sužalojimą, jei buvo realizuota su pakenkimu sau susijusi rizika, o jis, priešingai pareigoms, sudarė sąlygas tolesniems įvykiams, t.y. prisidėjo sukeliant numatytinus padarinius. Tas, kuris, vadovaudamasis asmenine atsakomybe, sužeidžia save ar pakenkia sau, visiškai pagrįstai už tai yra atsakingas pats, jei įstatymo apsauginiai tikslai neleidžia daryti kitokios išvados.

Apie tai žr. Nr. 187 ir toliau ir BGHSt 32, 262; 37, 179; BGH MDR 94, 82; NStZ 85, 25; OLG Stuttgart VRS 67, 429. Priešingai senesnei teismų praktikai ir kauzaliniam požiūriui, šiuo metu Federalinis teismas, kaip ir naujausias teisės mokslas, vadovaujasi tuo, jog norint patvirtinti neatsargaus delikto su padariniais veikos sudėtį, vien sukėlimo ir numatymo nepakanka; be priežastingumo ir rūpestingumo pažeidimo dar reikia pagal norminius kriterijus vertintino veikos sudėtį atitinkančių padarinių inkriminavimo (plg. *Kienapfel*, pastabos JZ 84, 751; *Roxin*, pastabos NStZ 84, 411; *Stree*,JuS 85, 179).

675 5. Penkioliktuoju a atveju A, važiuodamas per gyvenvietę, laikėsi greičio apribojimo (plg. kelių eismo taisyklių §3 III Nr. 1). Tačiau savaime tai dar nereiškia, jog jis elgėsi pagal kelių eismo taisykles. Lygiai taip, kaip bendros taisyklės būti rūpestingam nesilaikymas nėra joks privalumas, o tik netiesioginis klaidingo elgesio įrodymas (BGHSt 4, 182; 12, 75), taip ir tam tikrų saugos nuostatų laikymasis yra tik užuomina apie poelgio teisingumą. Tačiau dar būtina patikrinti, ar apdairus ir sąžiningas vairuotojas konkrečioje eismo situacijoje būtų laiku pastebėjęs gresiantį pavojų. Penkioliktuoju a atveju tai turi būti paneigta, nes vairuotojas negalėjo matyti J, o nesant jokių ypatingų požymių, joks vairuotojas negali galvoti, kad kas nors staiga iššoks prieš automobilį (plg. BGH DAR 86, 17; KG VRS 61, 241; OLG Karlsruhe DAR 84, 19).

Taigi A nepažeidė pareigos būti rūpestingu. J mirtis, prie kurios A prisidėjo, reiškia objektyviai neišvengiamą „nelaimę", ne „neteisėtumą", dėl kurio jis būtų kaltinamas, nes niekas kitas, atsidūręs jo padėtyje, nebūtų galėję išvengti nelaimės. Nors netrūksta (priešingai mano BGHSt 11, 1, 7) nei „priežastingumo", nei įvykio padarinių žalingumo, tačiau §222 numatyta neteisėtos veikos sudėtis nėra įvykdyta, nes nėra poelgio žalingumo.

Tas, kuris kaip *Schmidhäuseris* (Schaffstein-Festschr., S. 129, 139 ir AT 6/107 ir toliau) ar kaip *Baumannas-Weberis* (AT §19 II 2 c ir §28 II 3) socialiai adekvačios (leistinos) rizikos laikymąsi ar padarinių atsiradimo objektyvų neišvengiamumą laiko tik „nuo baudžiamosios atsakomybės atleidžiančiu (pateisinančiu) pagrindu", turi teigti, kad A nužudė J teisėtai; tačiau tai pateikia iškreiptą vaizdą, nes juk A neturėjo jokios „teisės" mirtinai sužeisti J.

676 6. Penkioliktuoju b atveju A, 10 km/h viršydamas maksimaliai leistiną greitį, pažeidė kelių eismo taisykles ir padarė administracinį teisės pažeidimą, už kurį jis gali būti nubaustas pinigine bauda (Kelių eismo įstatymo §24, Kelių eismo taisyklių §3 III Nr. 1, 49 I, Nr. 3). Kyla klausimas, ar A yra kaltas ir dėl neatsargaus nužudymo.

Nesunku pagrįsti, kad buvo sukelta padarinių ir §222 prasme pažeista pareiga rūpintis: A važiavo viršydamas greitį, ir toks važiavimas buvo objektyviai klaidingas, kadangi greičio apribojimo prasmė ir tikslas (Kelių eismo taisyklių §3 III Nr. 1) kaip tik ir yra tam, kad vairuotojas turėtų galimybę, netikėtai atsiradus kliūčiai, laiku sustabdyti ar pasukti į šoną (BGHSt 33, 61). Tai, kad per didelio greičio padarinys gali būti kitų eismo dalyvių sužalojimas ar mirtis, visiems yra žinoma ir objektyviai numatytina. Šiuo atveju esama padarinių ir poelgio žalingumo.

Tačiau abejonių dėl mirtinų padarinių objektyvaus inkriminavimo kyla tada, kai pakankamai aiškiai nustatoma, jog nelaimės su J mirtimi nebūtų pavykę išvengti ir tuo atveju, jei ir būtų buvę laikomasi maksimaliai leistino 50 km/h greičio.

677 Teismų praktikoje ir teisės moksle vieningai prieinama prie išvados, kad kaltininkas, pažeidęs pareigą būti rūpestingu ir sukėlęs kito asmens mirtį, negali būti baudžiamas už neatsargų nužudymą, jei yra didelė tikimybė, jog mirtini padariniai būtų atsiradę ir esant pareigas atitinkančiam, teisiškai leistinam elgesiui, t.y. (dėl gamtos įvykių ar dėl pačios aukos elgesio klaidos) šie padariniai buvo neišvengiami (kitaip mano tik *Spendel*, Eb. Schmidt-Festschr., S. 181, 198 ir JuS 64, 14). Tačiau daug ginčijamasi dėl to, kaip ši išvada turi būti pagrįsta teoriškai, ir kuriame sisteminiame deliktų sandaros lygmenyje padariniams inkriminuoti reikalingas priešingumo pareigoms ir padarinių „specifinis ryšys" įgauna reikšmę:

a) Klasikinės krypties teigimu, čia turi būti nuneigtas (tik) kaltės ryšys tarp priešingumo pareigoms ir padarinių, ir kaltinimo galimybė atkrinta, net jei ir dėl pareigas atitinkančio elgesio atsirado padarinių.

Plg. RGSt 15, 151 (= vaistininko atvejis); 63, 211 (= ožkos plaukų atvejis); RG HRR 1926, 1636 (= Kokaino atvejis); BayObLG NJW 53, 1641; taip anksčiau ir autorius nurodo pastabose JZ 67, 449.

b) Suvokus, kad neatsargumo sąvokoje yra susiję neteisėtumo ir kaltės elementai, sustiprėja požiūris, jog nėra „priešingumo teisei ryšio", jei pareigūnų pažeidimas nebuvo realizuotas padariniais, kurie „nėra atsiradę dėl rūpestingumo trūkumo".

Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 67; *Erb*, JuS 94, 449; *Sch-Sch-Cramer*, §15, Nr. 162.

c) Trečios nuomonės atstovai paneigia, nors ir nevienodai pagrįsdami, jau veikos sudėties lygmenyje „inkriminavimo ryšį“ (= priešingumo pareigoms arba apsaugos tikslų ryšį), jei padariniai ir pareiga rūpintis nesusiję specifiniu ryšiu.

Blei, AT §82 II 1; *Burgstaller*, Fahrlässigheitsdelikt S. 96 ir toliau; *Jescheck*, AT §55 II 2 b, *Krümpelmann*, Jescheck-Festschr., S. 313; *Nieuwenhuis*, Gefahrverwirklichung S. 12; *Schlüchter*, JA 84, 673; *Ulsenheimer*, JZ 69, 364.

d) Nuo Federalinio teismo sprendimo (BGHSt 11, 1) teismų praktika šią problemą dažniausiai perkelia į „priežastinio ryšio“ sritį, kurioje vadovaujamasi tuo, ar kaip tik priešingumas pareigoms buvo padarinių priežastis.

BGHSt 33, 61; BGH JR 89, 382; lygiai taip *Toepel*, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992, S. 100.

e) Priešingai šioms „ryšio teorijoms“, *Arthuras Kaufmannas* (Eb. Schmidt-Festschr., S. 200, 229) problemos sprendimo ieško „atsižvelgdamas į hipotetines padarinių priežastis baudžiamojoje teisėje“. Jis nori nuneigti padarinių žalingumą, kai kaltininko poelgis susijęs su objektu, kurio gyvybė „šiaip ar taip buvo prarasta“ (argumentus prieš tokį pagrindimą žr. *Roxin*, ZStW 74, 411 ir toliau, 425; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S. 36).

678 Visi šie sprendimo variantai yra pagrįsti teisingais apmąstymais, kad padarinių sukėlimas ir pareigos būti rūpestingu pažeidimas neatsargios veikos sudėtyje nėra nesusiję, t.y. nėra vienas prie kito paprasčiausiai pridedami.

„Neatsargus padarinių sukėlimas“ nereiškia to paties kaip „sukėlimas plius neatsargumas“ (ObLGRat *Baumann*, DAR 55, 221). Toks sulyginimas vestų prie jau atmesto mokymo *„versari in re illicita“*, pagal kurį kiekvienam, kuris daro ką nors uždrausta, inkriminuojami visi dėl to veiksmo atsiradę padariniai. Toks neribotas baudžiamumas už atitinkamus poelgius baudžiamajai teisei yra svetimas (plg.. BGHSt 32, 262; OLG Koblenz VRS 46, 437, 439).

Neatsargių deliktų sąlyga yra galimybė išvengti įvykdyti veikos sudėtį (tai pagrindžia jau pati šių deliktų prigimtis): neatsargiai padarytos veikos kaltininkas yra traukiamas baudžiamojon atsakomybėn todėl, kad jis neišvengė žalingų padarinių, nors tai padaryti ir buvo objektyviai įpareigotas, o subjektyviai – galėjo tai padaryti. Tačiau jei subjektyvus asmeninis neišvengiamumas panaikina tik kaltininko galimybę, tai objektyvus neišvengiamumas jau veikos sudėties lygiu pašalina priežastinį ryšį tarp pareigos būti rūpestingu ir padarinių atsiradimo, o kartu ir padarinių inkriminavimą. Nes jei socialiai žalingų padarinių būtų buvę įmanoma išvengti ir teisiškai neklaidingo elgesio atveju, tai ir konkrečiu atveju esantis rūpestingumo trūkumas būtų nesvarbus dėl padarinių atsiradimo.

Todėl §222 ribose pareigos būti rūpestingu pažeidimas veikos sudėčiai svarbus tik tada, kai būtent jis buvo svarbiausia mirtinų padarinių priežastis. Tai nustatant svarbiausia, kaip įvykis būtų klostęsis, jei kaltininkas būtų elgęsis teisiškai nepriekaištingai ir nebūtų peržengęs „leistinos rizikos“ ribų (kitaip, bet neįtikina *Ranft*,

NJW 84, 1425). Jeigu pakankamai patikimai galima prognozuoti, kad ir tokiu atveju būtų atsiradę tokių pat padarinių, tai nors šitai ir nieko nekeičia vertinant poelgį kaip prieštaraujantį pareigai būti rūpestingu, už šį poelgį gali būti baudžiama atskirai, jei už jį (pvz., už leistino greičio viršijimą pagal Kelių eismo įstatymo §24, Kelių eismo taisyklių §49 I Nr. 3) gresia atitinkama sankcija. Tačiau už veikos sudėties su padariniais įvykdymą (= BK §222) kaltininkas negali būti baudžiamas, nes pareigos būti rūpestingu pažeidimas nepasireiškia per padarinius, mat jiems atsirasti šis pažeidimas neturėjo įtakos.

Iš esmės tuo remiasi ir Federalinio teismo sprendimas (BGHSt 11, 1) (apie lenkimą nesilaikant saugaus atstumo). Šiuo sprendimu patvirtinamas „svarbumo teorijos" teisingumas ir tik šio sprendimo pagrindimas (su tuo galima nesutikti) nuneigia elgesio klaidos priežastingumą padariniams, užuot rėmęsis šių padarinių inkriminavimo galimybe (šis klausimas yra paliestas, bet į jį neatsakyta naujuose sprendimuose: BGHSt 30, 228, 230; plg. BGH VRS 74, 359; BayObLG VRS 71, 68; OLG Düsseldorf VRS 66, 27, 30; OLG Karlsruhe DAR 84, 19). Kritiką žr. *Kratzsch*, Oehler-Festschr., S. 65, 79; *Puppe*, ZStW 99, 595.

679 Taigi §222, 230 reikalaujamos pareigos būti rūpestingu pažeidimo ir dėl to inkriminuojamų padarinių (= sukėlimas neatsargiai) ryšys gali būti patvirtintas tik tada, kai veikos sudėties padarinių būtų buvę išvengta elgiantis rūpestingai ir kai šie padariniai atsiranda kaip tik dėl pavojaus, nuo kurio pagal pažeistos normos apsauginius tikslus ir turėjo būti apsisaugota, sukėlimo. Todėl jei penkioliktuoju b atveju gali būti nustatyta, kad J būtų pakliuvęs po automobiliu ir žuvęs net tada, jei A būtų laikęsis galiojančiose nuostatose numatyto greičio ir būtų prisitaikęs prie eismo situacijos, tai, nuneigus padarinių inkriminavimą, išnyksta ir §222 numatyta neteisėtos veikos sudėtis.

Tačiau aukštesnysis Karlsruhe's teismas (OLG Karlsruhe NJW 58, 430) panašiu atveju nustatė, kad asmuo gali būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn pagal §222. Tokį sprendimą teismas motyvavo tuo, kad nelaimės būtų pavykę išvengti, jei vairuotojas būtų važiavęs leistinu greičiu, nes tokiu atveju nelaimės vietą jis būtų pasiekęs vėliau (mūsų atveju – kai J būtų buvęs perbėgęs į kitą gatvės pusę). Tačiau šis sprendimas yra neteisingas, nes taip pat A galėtų būti kaltinamas ir dėl to, kad jis nevažiavo dar greičiau (pvz., 120 km/h), kadangi tokiu atveju jis jau būtų seniai pravažiavęs pro tą vietą, kurioje ant kelio iššoko J. Inkriminuojant padarinius jokiu būdu negali būti svarbu tai, kad vairuotojas kažkada prieš nelaimingo įvykio pradžią viršijo greitį ir dėl to nelaimingo įvykio metu atsidūrė jo vietoje (plg. BGH VRS 73, 94). Lygiai taip pat klaidinga būtų kelti klausimą, ar nelaimės būtų pavykę išvengti, jei A nebūtų pirkęs automobilio ar būtų važiavęs kita gatve, ar šios kelionės būtų visai atsisakęs. Tokie apmąstymai nieko bendro neturi su apsauginiais tam tikros rūpestingumo taisyklės tikslais: greičio apribojimu nesiekiama, kad vairuotojas nelaimės vietą pasiektų vėliau. Kelių eismo taisyklių §3 nori tik užtikrinti, kad vairuotojas atsiradus kliūčiai galėtų laiku sustabdyti, išsukti ar sustoti. Kadangi vairuotojui yra leidžiama bet kuriuo metu būti bet kurioje gatvės, kuria leidžiama važiuoti, vietoje, todėl svarbu yra tik tai, ar nelaimingo įvykio vietoje važiuojant leistinu greičiu ir susidarius kritinei eismo situacijai yra įmanoma pakankamai anksti pradėti stabdyti ir taip išvengti nelaimės. Klausimas, ar per greitame važiavime slypintys pavojai, nuo kurių siekiama apsisaugoti, buvo realizuoti konkrečiais padariniais, visada turi būti siejamas su padarinių priežastingumu. Kritinė pavojaus situacija prasideda nuo

vadinamojo pavojaus atpažinimo momento (BGH DAR 86, 17). Tikrinant, kaip penkioliktuoju b atveju viskas būtų vykę elgiantis rūpestingai, t.y. prisilaikant saugaus greičio ir vairuojant be klaidų, pagal naujausią teismų praktiką turi būti atsižvelgiama į galimus savarankiškus nukentėjusiojo judesius. Taip §222 ar §230 pagrįstų padarinių inkriminavimas pagal aplinkybes gali būti grindžiamas tuo, kad įvykio auka būtų perėjusi per gatvę ir nuo jos nutolusi, jei atsakomybėn traukiamas vairuotojas kritinėje situacijoje būtų važiavęs ne per greitai (išsamiau žr. BGHSt 33, 61 su pastabomis, *Puppe*, JZ 85, 295). Diskusija apie tai, ar tai yra bendra taisyklė, ar tokios nuostatos reikėtų laikytis tik esant tam tikroms prielaidoms, dar nėra baigta (plg. *Ebert*, JR 85, 56; *Frisch*, Zurechnung, S. 98; *Maurach-Gössel*, AT §43, Nr. 97; *Streng*, NJW 85, 2809).

Gatvių sankryžoje ribojant greitį siekiama apsaugoti įsukančius ir išsukančius eismo dalyvius ir išvengti užvažiavimo nelaimių, tačiau galvojama apie tų eismo dalyvių, kurie anapus sankryžos prieš eismą atlieka rizikingą apsisukimo manevrą, apsaugą (OLG Hamm VRS 61, 353). Rekomendacija važiuoti dešiniau (Kelių eismo taisyklių §2 II) siekiama užtikrinti tik išilginės krypties priešpriešinio eismo saugumą ir apsaugoti lenkiančiuosius, tačiau ne priešpriešiais važiuojančius eismo dalyvius, kurie sankryžoje nori sukti į kairę. Jeigu toks sukantysis į kairę susiduria su priešpriešinio eismo dalyviu važiavimo juostos viduryje, tai negalima teigti, kad per žalingus padarinius buvo realizuotas tas pavojus, kurio siekiama išvengti minėtąja rekomendacija (BGH NJW 81, 2301; BayObLG DAR 89, 389). O traukimas atsakomybėn ir bausmė yra galimi tik remiantis kitais, bendrais neatsargumo principais.

Plg. BGHSt 17, 299; BGH VRS 64, 252 (apie Kelių eismo taisyklių §12 I Nr. 6 a); BayObLG VRS 71, 68; OLG Hamm VRS 60, 38 (apie Kelių eismo taisyklių §20 I a); *Deutscher*, pastabos NStZ 89, 360; *Krümpelmann*, Bockelmann-Festschr., S. 443; *Roxin*, Gallas-Festschr., S. 241; *Rudolphi*, JuS 69, 549.

680 Jeigu galimybė išvengti padarinių atitinka pareigą būti rūpestingu, tai tokio atitinkamo elgesio atveju tai vertinama kaip atsakomybė, grindžiama neatsargumo veikos sudėties prielaida; kaltinamojo išteisinimas, remiantis principu *in dubio pro reo*, galimas tada, kai yra konkrečių duomenų, leidžiančių manyti, kad padariniai, numatyti veikos sudėtyje, lygiai taip pat būtų atsiradę ir esant rūpestingam, neklaidingam elgesiui.

Vyraujanti nuomonė: BGHSt 11, 1; 21, 59; 24, 31; BGH GA 1988, 184; *Dencker*, JuS 80, 210, 212; *Ebert*, Jura 79, 561; *Krümpelmann*, GA 1984, 491; *Schlüchter*, JuS 77, 104, 107 ir JA 84, 673; *Ulsenheimer*, JZ 69, 364. Kritiką žr. *Küper*, Lackner-Festschr., S. 247, 268; *Lampe*, ZStW 101, 3, 47.

681 Mokymas apie rizikos padidėjimą (išsamiau žr. Nr. 185 ir toliau) prieina prie kitokių išvadų. Pagal šį mokymą objektyvus inkriminavimas yra galimas kiekvienu atveju, kai padidėja rizika, t.y. kai padarinių atsiradimo tikimybė rūpestingai elgiantis būtų buvusi mažesnė. Principas *in dubio pro reo* negali būti taikomas kaltininko naudai, jeigu yra abejonių dėl hipotetinės įvykių eigos. Šis principas taikomas tik tada, kai negalima išsiaiškinti, ar elgesio klaida realioje situacijoje (lyginant su leistina rizika) pavojų padidino, ar ne (Burgstaller, Fahrlässigheitsdelikt, S. 129 ir toliau; *Jescheck*, AT §55 II 2 b; *Lackner*, §15, Nr. 44; *Roxin*, AT §11, Nr. 72 ir toliau; SK-*Rudolphi*, Nr. 69 prieš §1; *Stratenwerth*, Gallas-Festschr., S. 227; apie tai žr. *Kahlo*, Das Problem des Pfichtwidrigkeitszusammenhanges ir t.t. 1990, S. 56 ir toliau).

682 Teismų praktikos teigimu, mokyme apie rizikos padidėjimą reiškiamas požiūris nėra suderinamas su galiojančia teise (išsamiau žr. OLG Koblenz OLGSt §222, S. 63, 67; plg.

BGHSt 37, 106, 127). Gydytojo padarytų klaidų atveju, pvz., dėl klaidingos diagnozės pavėluotai padarius operaciją, Federalinis teismas pripažįsta mirtinų padarinių inkriminavimą ir traukimą baudžiamojon atsakomybėn pagal §222 jau tada, kai beveik garantuotai yra nustatyta, jog teisingos diagnozės atveju ir laiku atlikus operaciją pacientas (pvz., sergančio pilvaplėvės uždegimu) būtų gyvenęs kur kas ilgiau, t.y. jis būtų miręs daug vėliau (BGH StrVert 94, 425; NStZ 85, 26; 81, 218 pritaria *Wolfslast*; plg. *Brammsen*, MDR 89, 123; *Puppe*, pastabos JR 94, 515). Ir priešingai, jeigu garantuotai to nustatyti negalima, tai negali būti teisiama net ir tuo atveju, jei yra labai tikėtina (konkrečiu atveju tikimybė yra mažiausiai 90 %), kad per apsirikimą po vėžio operacijos neatlikus švitinimo paciento gyvenimas sutrumpėjo nuo 5 iki 10 metų (BGH GA 1988, 184).

683 7. Ne kiekviena aukos elgesio klaida, atsižvelgiant į galimą neklaidingo aukos elgesio alternatyvą, esant neatsargumui pašalina kaltininko baudžiamąją atsakomybę už sukeltus padarinius. Svarbiausia yra tai, kokios įtakos įvykių eigai ir padarinių atsiradimui turi pačios aukos neapdairumas ir nerūpestingumas. Auka rūpestingumą gali pažeisti tiek, kad dėl visiško pažeidimo menkumo, lyginant su kaltininko padarytais pareigos būti rūpestingu pažeidimais, tai nepašalina padarinių inkriminavimo kaltininkui. Jeigu, pavyzdžiui, yra aišku, kad eismo nelaimės auka dėl vairuotojo padarytos klaidos būtų buvusi mirtinai sužalota net ir tuo atveju, jei ji būtų elgusis visiškai rūpestingai, tai nėra jokio pagrindo neigti vairuotojo baudžiamosios atsakomybės pagal §222.

Pavyzdys. Esant pavojingai slidžiai gatvės dangai, sunkvežimio vairuotojas L per mažą gyvenvietę važiuoja dideliu greičiu. Nestaigiame posūkyje į kairę sunkvežimis pradeda slysti ir slysta skersai per gatvę, paskui per šaligatvį, kol atsitrenkia į namo sieną. Tą pačią akimirką ant šaligatvio stovėjęs mokinukas S, nepažiūrėjęs į reikiamą pusę, staiga išbėga į gatvę ir, pakliuvęs po slystančiu sunkvežimiu, yra mirtinai sužalojamas. Tačiau S būtų lygiai taip pat žuvęs, jeigu jis būtų likęs stovėti ant šaligatvio, t.y. būtų elgęsis rūpestingai.

L prieštaravimai, kad jo eismo taisykles pažeidžiantis elgesys nebuvo lemiamas S mirties veiksnys, nes S pats „palindo po sunkvežimiu“, ir net tuo atveju, jei L būtų važiavęs pagal taisykles, S vis tiek būtų pervažiuotas, nėra svarbūs. Svarbu yra tik tai, kad S mirtimi realizuotas L sukurtas pavojus ir S neatidumas negalėjo turėti jokios įtakos mirtiniems padariniams atsirasti, nes nepriklausomai nuo S elgesio, šis vis tiek būtų patekęs po slystančiu sunkvežimiu ir vis tiek būtų buvęs mirtinai sužalotas. Į S padarytą rūpestingumo pažeidimą galima nekreipti dėmesio, nes jis nelėmė nei to, kad nelaimė įvyko, nei to, kad atsirado padariniai. Aplinkybė, kad S galėjo būti pervažiuotas ne gatvėje, o ant šaligatvio, nėra svarbi, nes nelaimės vietos erdvinis perstūmimas konkrečioje situacijoje vertinimui nėra svarbus.

684 8. Anksčiau aptartais atvejais svarstant nelaimės išvengtinumo klausimą visą laiką buvo kalbama apie kaltininko ir jo aukos elgesį esant neatsargumui. Ten išsakyti apmąstymai automatiškai negali būti perkelti kalbant apie trečiuosius asmenis. Dėl priešingo pareigoms elgesio priežastingumo ir padarinių, numatytų veikos sudėtyje, inkriminavimo negali būti keliama abejonių teigiant, kad tokius pat padarinius galėjo sukelti ir neatsargus trečiųjų asmenų elgesys (BGHSt 30, 228 = masinio susidūrimo atvejis).

Pavyzdys. Esant stipriam rūkui įvyksta masinis susidūrimas, nes visi į jį patekę vairuotojai važiavo matomumo sąlygas neatitinkančiu greičiu. Iš pradžių *Citroeno* vairuotojas

C atsitrenkia į sunkvežimį, kuris dėl automobilių susigrūdimo turėjo sustoti dešinėje juostoje. Tuo metu, kai nesužeistas C, norėdamas surasti saugesnę vietą, lipa iš į šalį nuslydusio automobilio, lenkimui skirta juosta *Ford Granada* atvažiuoja A. Jis apie 10 m į priekį pastumia *Citroeną* ir sunkiai sužaloja nuo savo automobilio tolstantį C. Iš karto po to į *Ford Granada* atsitrenkia B vairuojamas *Opel Rekord*; tačiau žmonės dėl to nesužalojami. Vėliau, vykstant baudžiamajam procesui, A teigia, kad jis negali būti kaltinamas dėl C sužalojimo, nes C būtų buvęs sužalotas ir tuo atveju, jeigu jis (A) ir laiku būtų sustabdęs savo automobilį, tai šis vis tiek, B sukėlus susidūrimą, būtų pastūmęs *Citroeną* ir C būtų buvęs sužalotas.

A argumentacija neatleidžia jo nuo baudžiamosios atsakomybės už neatsargų kūno sužalojimą (§230). Tai, kad dėl A buvo sužalotas C, ir tai, kad A sukeltas pavojus buvo realizuotas atsiradus žalingiems padariniams, abejonių nekelia. Vėliau B padarytas pareigos būti rūpestingu pažeidimas, kuris faktiškai neturėjo įtakos sužalojimo padariniams atsirasti, negali pašalinti inkriminavimo ryšio tarp A anksčiau padaryto pareigų pažeidimo ir dėl to atsiradusio C sužalojimo. Tokiais atvejais neatsargiai padarytoms baudžiamosioms veikoms, kaip ir tyčiniams deliktams, nuoroda į tokias rezervines priežastis neturi jokios reikšmės (išsamiau žr. BGHSt 30, 228).

685 Neatsargiai besielgiantys gretutiniai vykdytojai taip pat negali atsiriboti nuo atsakomybės už sukeltus veikos padarinius, nurodydami kitų asmenų pareigas būti rūpestingais pažeidžiantį elgesį. Tokiu atveju abu turi atsakyti realizavę atitinkamą baudžiamąją veikos sudėtį (plg. BHGSt 30, 228, 232; *Kühl*, pastabos JR 83, 32; *Puppe*, JuS 82, 660).

Pavyzdys. 5 m pločio vingiuotame, blogo matomumo kalnų kelyje susitinka du mikroautobusai, vairuojami A ir B. Autobusai veža į darbą darbininkus. Tvyro tirštas rūkas. Kadangi abu automobiliai važiuoja ne dešiniuoju pakraščiu, o kur kas kairiau ir yra užėmę kelio vidurį, įvyksta priešpriešinis susidūrimas. Saugos diržai A ir B apsaugo nuo sužalojimų; visi kiti keleiviai patiria sumušimų ir kaulų lūžių. Nelaimės būtų buvę galima išvengti, jei abu autobusai būtų važiavę kuo dešiniau.

Šioje situacijoje A ir B, nepriklausomai vienas nuo kito, nesilaikė rekomendacijos važiuoti dešiniau (Kelių eismo taisyklių §2 II). Kiekvienas iš vairuotojų gali teigti, kad susidūrimas būtų įvykęs ir keleiviai būtų sužeisti ir tuo atveju, jei jie būtų elgęsi neklaidingai ir būtų važiavę vien dešiniąja puse. Tačiau vien dėl to jie abu negali išvengti baudžiamosios atsakomybės pagal §230, nes čia yra vadinamasis „dvigubo priežastingumo“ atvejis (žr. Nr. 157), kai kiekvienam iš vairuotojų padariniai gali būti inkriminuoti kaip „jo kūrinys“ ir kiekvienas iš jų kaip gretutinis vykdytojas yra atsakingas už juos (plg. BGHSt 30, 228, 232; 37, 106, 131; BayObLG VRS 19, 353). Kiekvienas privalo laikytis jam privalomų pareigų būti rūpestingu ir negalvoti, kad kiti laikysis elgesio taisyklių.

686 9. Nuorodos studijuoti išsamiau priešingumo pareigoms reikšmę esant kelių eismo nelaimėms:

687 a) Kaip jau anksčiau buvo aiškinta (Nr. 673 ir toliau), padarinių inkriminavimo klausimas neatsargios veikos sudėties ribose turi būti sprendžiamas atsižvelgiant į objektyvų padarinių numatomumą ir išvengiamumą, pavojaus įgyvendinimą ir normos apsauginius tikslus. Tiek teismų praktikoje, tiek teisės moksle daroma vienoda išvada, kad būtinas pareigos būti rūpestingu pažeidimo ir konkrečių, objektyviai numatytinų padarinių inkriminavimo ryšys egzistuoja tada, kai rūpestingo elgesio atveju padarinių būtų pavykę išvengti, ir šiais padariniais realizuotas būtent tas pavojus, kurio pagal normos apsaugi-

nius tikslus turėjo būti vengiama (plg. BGHSt 11, 1; 12, 75, 78; 33, 61; BayObLG JZ 82, 731; PLG Hamm VRS 60, 38; OLG Stuttgart JZ 80, 618 ir NJW 82, 295; apie civilinę teisę žr. BGH NJW 86, 1950 ir VRR 73, 94). Tikrinant galimybę išvengti pavojaus, tikroji įvykių eiga turi būti lyginama su hipotetine (= menama). Viena nuo kitos jos gali skirtis tik tuo, kad vietoj priešingo pareigoms elgesio (*Pavyzdys*. Važiuojama per dideliu greičiu esant tirštam rūkui ir apledėjusiems keliams.) turi būti įsivaizduojamas rūpestingas elgesys (važiuojama greičiu, atitinkančiu matomumo sąlygas ir kelių būklę; plg. BGH JR 89, 382; OLG Köln VRS 64, 257; *Schlüchter*, JA 84, 673). Tikrinimo metu būtina nustatyti, ar padarinių būtų buvę įmanoma išvengti elgiantis pareigingai, ar jie vis tiek būtų atsiradę. Laiko prasme svarbus turi būti tas momentas, kai atsiranda konkreti pavojaus situacija; greičio viršijimo atvejais tai yra tas laiko momentas, kai prasideda „kritinė eismo situacija". Galvoje čia turimas tas laikas, kai vairuotojas buvo įpareigotas imtis priemonių, leidžiančių išvengti pavojaus, dėl kurio tiesiogiai kilo nelaimė ir atsirado padarinių, numatytų veikos sudėtyje (plg. BGHSt 24, 31; 33, 61; BayObLG VRS 69, 392; OLG Köln VRS 70, 373). Kai yra galimos kelios nelaimės priežastys (pvz., atidumo stoka, per didelis greitis ir bloga stabdžių būklė), turi būti ištirta kiekviena iš pareigos būti rūpestingu svarba atsirandant padariniams. Tokiu atveju būtina atsižvelgti ir į bendrą kelių aplinkybių įtakos galimybę, o tam tikrais atvejais, esant reikiamoms prielaidoms, būtina vadovautis pasirinktinio nustatymo principais (BGH VRS 37, 353, 355; instrukcija apie tai žr. *Mühlhaus*, DAR 72, 169; esmingiau *Jakobs*, Lackner-Festschr., S. 53; Küper, ten pat, S. 247).

688 b) Ginčijamasi dėl to, kokiais palyginimo kriterijais reikėtų vadovautis tuo atveju, kai su nelaime susijęs vairuotojas, apsvaigęs nuo alkoholio, negalėjo tinkamai vairuoti, bet važiavo tokiu greičiu, kuris, vairuotojui esant blaiviam, būtų buvęs leistinas (nelaimė kyla, pavyzdžiui, todėl, kad staiga (to numatyti buvo neįmanoma) sprogsta padanga ar koks nors kitas eismo dalyvis, grubiai pažeisdamas eismo taisykles, nepraleidžia šio vairuotojo). Teismų praktikoje nurodant, kad girtas vairuotojas (jei jau jis nesilaikydamas draudimo vairuoja transporto priemonę) pagal Kelių eismo taisyklių §3 I turi važiuoti lėčiau negu blaivus eismo dalyvis ir kad šio greičio nesilaikymas turi būti laikomas tiesiogine nelaimės priežastimi, dažniausiai sprendžiama taip: pirmiausia klausiama, kokį mažesnį greitį turėjo pasirinkti neblaivus vairuotojas, kad jo sumažėjęs dėmesys ir reakcija, iškilus kritinei eismo situacijai, nebūtų turėję įtakos. Tada šiuo pagrindu yra tikrinama, ar ir važiuojant mažesniu greičiu vis tiek būtų įvykusi nelaimė su tokiais padariniais (BGHSt 24, 31; OLG Celle VRS 36, 276; OLG Hamm – alkoholis kraujyje 78, 294; OLG Koblenz VRS 71, 281). Pagal priešingą nuomonę tokio pobūdžio atvejais reikėtų remtis ne faktinio ir fiktyvaus mažesnio greičio sulyginimu, o tuo, ar vairuotojas, būdamas blaivus ir esant toms pačioms aplinkybėms, būtų galėjęs išvengti nelaimės (plg. *Hentschel/ Born*, Trunkenheit in Straßenverkehr, 5. Aufl. 1990, Nr. 307; *Maiwald*, Dreher-Festschr., S. 437; *Mühlhaus*, DAR 70, 125 ir 72, 169; *Sch-Sch-Cramer*, §15, Nr. 175). Pirmenybė teiktina šiam požiūriui, nes neblaivaus vairuotojo pareigų būti rūpestingam pažeidimas būtent čia ir glūdi, kad jis, būdamas tokios būsenos, dalyvauja kelių eismo judėjime. Todėl teisėjas turi tikrinti, ar padariniai, apie kurių inkriminavimą kalbama, remiasi kaip tik šiuo priešingumu pareigoms ir ar alkoholis (dėl nepakankamo sugebėjimo būti atidžiam, pavėluotos reakcijos, greičio ir stabdžių pedalų supainiojimo ar panašių dalykų) turėjo įtakos įvykstant nelaimei. Atsakant į klausimą, ar tomis pačiomis aplinkybėmis nelaimės būtų buvę galima išvengti elgiantis tinkamai, turi būti palyginama su tuo, ką neblaivus vairuotojas, atsiradus kritinei eismo situacijai, padarė, kad išvengtų pavojaus, ir tai, ką tokioje situacijoje būtų daręs atidžiai ir protingai važiavęs blaivus vairuotojas. Teismų praktika, kuri vietoj to vadovaujasi lėtesnio važiavimo išgėrus kriterijumi, neatsižvelgia į tai, kad dėl alkoholio poveikio atsirandančių vairavimo trūkumų visiškai nekompensuotų lėtesnis važiavimas. Tas, kuris važiuodamas 20 km/h greičiu, susiduria su kitu eismo

dalyviu ir jį sužeidžia, nes dėl alkoholio įtakos per vėlai sureaguoja, turi būti lygiai taip pat kaltinamas kaip ir tas, kuris dėl tos pačios priežasties eismo įvykį sukelia važiuodamas 100 km/h greičiu.

689 c) Teismų praktikoje sprendžiant klausimą, ar buvo pažeistos pareigos būti rūpestingam, dažnai remiamasi pasitikėjimo principu, be kurio vis didėjantis eismas keliuose negalėtų vykti. Pagal bendrai pripažintą požiūrį tas, kuris elgiasi pagal eismo taisykles, neturi iš anksto laukti, kad kiti eismo dalyviai kuo mažiau pažeidinėtų eismo taisykles. Priešingai, nesant ypatingų pagrindų galvoti kitaip, jis gali tikėtis, kad ir kiti eismo dalyviai laikysis rekomenduojamo rūpestingumo ir priešingai pareigoms netrukdys eismui (BGHSt 9, 92; 12, 81; BGH NJW 65, 1777; BayObLG VRS 59, 217; *Frisch*, Zurechnung, S. 189; *Schumann*, Handlungsunrecht, S. 7). Paprastai vairuotojas gali tikėtis, kad pėstytis netikėtai neatsiras važiuojamojoje dalyje ir aklai nebėgs per gatvę. Todėl vairuotojas nėra įpareigotas vien pažiūrėjęs į šaligatvį sumažinti greitį (BGH VRS 21, 5; OLG Köln VRS 56, 29; OLG Zweibrücken VRS 41, 113). Tačiau pasitikėjimo principas turi daug išimčių, pavyzdžiui, kitokia situacija yra tramvajų ir autobusų sustojimo vietose. Čia vairuotojas turi tikėtis ne tik bėgimo link visuomeninio transporto priemonės ar tolyn nuo jos, bet ir atidumo pereinant gatvę, ir būti pasiruošęs laiku į tai sureaguoti. Nes, kaip rodo gyvenimo patirtis, tramvajais ir autobusais paprastai naudojasi nevikrūs (jauni ir seni) eismo dalyviai, kurie, įžengdami į važiuojamąją dalį, dažnai nebūna pakankamai atidūs automobilių eismui (plg. BGH VRS 13, 174). Į klausimą, kada paties asmens padarytas priešingas taisyklėms elgesys pašalina galimybę remtis pasitikėjimo principu, apibendrintai visiems galimiems atvejams, atsakyti negalima. Tai paprastai priklauso nuo to, ar (o jeigu taip) tai kokiu nors būdu paties padarytas pareigos būti rūpestingam pažeidimas pasireiškė atsirandant žalingiems padariniams (išsamiau žr. BGH VRS 33, 368; 13, 225; OLG Hamm VRS 36, 358; OLG Karlsruhe VRS 30, 69; *Krümpelmann* Lackner-Festschr., S. 289; *Maiwald*, JuS 89, 186; *Nieuwenhuis*, Gefahrverwirklichung, S. 109 ir toliau). Pagal tai ir neblaiviam vairuotojui, kuris važiuoja atidžiai ir lėtai, negali būti nuneigta galimybė remtis pasitikėjimo principu tuo atveju, kai visiškai nelauktai priešais jį atsiranda dviratininkas ir dėl to kyla žalingų padarinių (plg. BGH VRS 21, 5; OLG Köln VRS 56, 29; OLG Zweibrücken VRS 41, 113). Antra vertus, negali būti jokios kalbos apie pasitikėjimą, kai jo paties priešingas eismo taisyklėms elgesys paskatina ir kitus eismo dalyvius klaidingai vertinti, dėl to eisme atsiranda rizika ir yra klaidingai reaguojama. O šiaip jau turi būti taikomos visuotinai pripažintos taisyklės, kad negalima elgtis priešingai pareigoms, tikintis, kad kiti elgsis rūpestingai. Jo paties nerūpestingas elgesys nėra geras pagrindas laukti, kad kiti dėl šio elgesio kilusioje pavojaus situacijoje sugebės teisingai elgtis (plg. *Sch-Sch-Cramer*, §15, Nr. 215).

III. Neatsargių baudžiamųjų veikų priešingumas teisei ir kaltė jų padarymo atveju

690 Penkioliktuoju c atveju A turėjo ypatingą pareigą būti rūpestingu, nes vaikų judrieji žaidimai važiuojamojoje gatvės dalyje yra didžiausias pavojaus šaltinis. Todėl A turėjo duoti įspėjamąjį signalą ir greitį sumažinti tiek, kad nelaimės atveju galėtų tuoj pat sustoti (plg. Kelių eismo taisyklių §3 II a; BGH DAR 57, 152; BayObLG VRS 3, 257; OLG Köln JMBl NW 69, 175; įvadas į tai *Mittelbach*, DAR 58, 315). Teisingai važiuojant J mirties buvo galima išvengti. Todėl §222 veikos sudėtis yra įvykdyta.

691 1. Neatsargios veikos, kaip ir tyčinės, neteisėtos veikos sudėties įvykdymas yra netiesioginis priešingumo teisei požymis. Tačiau priešingumą teisei gali pašalinti baudžiamąją atsakomybę šalinančios aplinkybės.

Dažniausiai taip atsitikti gali dėl būtinosios ginties (BGHSt 25, 229; OLG Hamm NJW 62, 1169), dėl būtinojo reikalingumo kaip pagrindo, atleidžiančio nuo atsakomybės (pateisinančio), (OLG Düsseldorf VRS 30, 445; OLG Schleswing VRS 30, 462), dėl teisės sulaikyti asmenį, padariusį nusikalstamą veiką pagal BPK §127 I (OLG Stuttgart NJW 84, 1694) ir dėl nukentėjusiojo sutikimo (BGH DAR 59, 301; BayObLG VRS 53, 349; *Geppert*, ZStW 83, 947); išsamiau žr. *Jescheck*, AT §56 II 3; *Schaffstein*, Welzel-Festschr., S, 557.

Priešingai negu mano Federalinis teismas (BGHZ 24, 26), „taisyklingas elgesys" nėra nuo atsakomybės atleidžiantis (pateisinantis) pagrindas. Toks elgesys tik reiškia, kad nėra pareigos būti rūpestingam pažeidimo, o kartu ir poelgio žalingumo neatsargios veikos sudėtyje.

Penkioliktuoju c atveju jokie nuo atsakomybės atleidžiantys (pateisinantys) pagrindai negali būti taikomi. Todėl lieka tik patikrinti, ar A elgėsi kaltai.

692 2. Kaltė šiuo atveju reiškia veikos smerktinumą, atsižvelgiant į ja pasireiškiantį teisei priešingą nusistatymą teisėtvarkos elgesio reikalavimo atžvilgiu.

Apie pakaltinamumą ir neteisėtumo suvokimą galima pasakyti tą patį kaip ir kitais atvejais.

Neatsargios veikos padarymo atveju kaltinimas grindžiamas nustatant, kad kaltininkas, atsižvelgiant į jo asmeninius sugebėjimus ir individualių galimybių ribas, galėjo suvokti objektyvią pareigą būti rūpestingu ir įvykdyti iš to kylančius rūpestingumo reikalavimus (= subjektyvus kriterijus). Plačiau žr. *Herzberg*, Jura 84, 402.

Šių sugebėjimų gali trūkti esant fiziniams ar psichiniams sutrikimams; konkrečiu atveju šie sugebėjimai visai arba laikinai gali išnykti dėl baimės, sumišimo ar panašių priežasčių (BGH VRS 10, 213; *Sch-Sch-Cramer*, §15, Nr. 195).

Deliktų su padariniais, atsiradusiais dėl neatsargumo, padarymo atvejais veikos sudėties padariniai ir priežastinė eiga pagal pagrindinius bruožus turi būti taip pat subjektyviai numatomi (išsamiau žr. OLG Hamm VRS 61, 353, 355; *Jescheck*, AT §57 III; *Puppe*, JZ 89, 728; *Sch-Sch-Cramer*, §15, Nr. 199 ir toliau).

Pagal teismų praktiką pakanka to, kad kaltininkas galėtų numatyti padarinius. Kaltininkas negali būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn už tokius įvykius, kurie neatitinka gyvenimo patirties, ir kurių negalima buvo numatyti nepriklausomai nuo to, ar kaltininkas būtų laikęsis rekomenduotino ir individualiai kaltininkui tinkamo rūpestingumo (apie tai pasakyti verta BGHSt 3, 62; 12, 75; OLG Hamm VRS 51, 358; OLG Karlsruhe NJW 76, 1853; OLG Stuttgart JZ 80, 618).

Negalimumas reikalauti normas atitinkančio elgesio sąmoningai neatsargaus elgesio atveju labiau atleidžia nuo kaltės negu tyčinių veikų padarymo atveju (plg. RGSt 30, 25; 36, 78; 57, 172; 74, 195; *Jescheck*, AT §57 IV; diferencijuoja *Maiwald*, Festschr. für Schüler-Springorum, 1993, S. 475). Apie klaidą dėl draudimo neatsargių deliktų padarymo atvejais žr. *Arzt*, ZStW 91, 857.

Penkioliktuoju c atveju remiantis šiais principais A turi būti pareikštas kaltinimas.

IV. Neatsargumo požymis esant neatsargumo ir tyčios deriniui

693 BK be grynų tyčinių ir neatsargių deliktų aptinkama ir mišrių veikų sudėčių, kai veikos poelgio atžvilgiu yra tyčia, o specialių veikos padarinių atžvilgiu – būtinas bent neatsargumas. Šiai grupei priklauso tokie pagal padarinius kvalifikuojamieji deliktai su padariniais, kaip §176 IV, 177 III, 178 III, 224, 226 ir t.t., kurie susiję su tyčiniu pagrindinio delikto, už kurį gresia savarankiška sankcija, įvykdymu, ir deliktai, kuriems būdinga yra tikra tyčios neatsargumo kombinacija, kai atskirai už tyčinės veikos sudėties dalį savarankiškai negali būti baudžiama (pvz., §311 IV, 315 IV, 315 a III Nr. 1. 315 b IV, 315 c III Nr. 1). Įstatymas reglamentuoja šias mišrias veikos sudėtis remdamasis §11 II kaip tyčinius deliktus, su vien tik iš to išplaukiančiais padariniais (pvz., sprendžiant bendrininkavimo ir pasikėsinimo klausimus; kritiką (su neįtikinamomis išvadomis) žr. *Gössel*, Lange-Festschr., S. 219, 227, 238).

Kalbant apie neatsargumo požymį šiuose deliktuose, būtina atkreipti dėmesį į tai, kad pareigos būti rūpestingam pažeidimas paprastai glūdi jau tyčiniame veikos poelgyje, kai neatsargumas susijęs su žmonių tarpusavio santykiams reikalingo rūpestingumo nesilaikymu ir objektyviu veikos sudėties įvykdymo išvengtinumu. Tuo remiantis pagal vyraujančią nuomonę daroma išvada, kad kvalifikavimo metu, kai yra padaryti pagal padarinius kvalifikuojami deliktai (pvz., §226 atveju), nustatant neatsargumą (§18) turi būti apsiribojama specialių veikos padarinių numatymu (plg. BGHSt 24, 213; BGH NStZ 82, 27; *Jescheck*, AT §54 III 2; *Gössel* min. veik., S. 234). Tačiau tokiai pozicijai galima nepritarti. Kadangi atsirandant kvalifikuojamiems padariniams turi būti realizuotas pagrindiniame delikte esantis „veikos sudėties specifinis pavojus“ (BGH MDR 76, 16 pas *Dallinger* ir MDR 82, 102, 103 pas *Holtz*; BGHSt, 31, 96; 32, 25; išsamiau žr. *Wessels*, BT/1, Nr. 227 ir toliau), todėl nuolat būtina nustatyti šios veikos sudėčiai būdingą specifinį ryšį su pavojumi (tiksliau žr. SK-*Rudolphi*, §18, Nr. 3; *Wolter*, JuS 81, 168, 170 ir toliau; žr. Rengier, Erfolgsqualifizierte Delikte, S. 151). Be to, tais atvejais, kai įstatymas reikalauja lengvabūdiškai sukelti specialius veikos padarinius (pvz., §176 IV, 177 III, 251), turi būti reikalaujama ir padidėjusio padariniams svarbaus pareigos būti rūpestingam pažeidimo (apie su tuo susijusius sandaros klausimus žr. Nr. 868).

Jei padarant pagal padarinius kvalifikuojamą deliktą dalyvavo keli asmenys, tai nustačius, kad buvo įvykdyta atitinkama veikos sudėtis, pagal §29, 18 turi būti tikrinama, ar kiekvienas bendrininkas atskirai turi būti kaltinamas neatsargiai ar lengvabūdiškai sukėlęs veiką kvalifikuojančių padarinių. Jeigu, pavyzdžiui, A, duodamas pinigų B, pastarąjį pakursto lazda sumušti C, kuris vėliau miršta dėl galvos sužalojimo, tai A turi būti tik tada baudžiamas sukurstęs padaryti kūno sužalojimą, sukėlusį mirtį (§226, 26), kai dėl mirtinų padarinių jam gali būti įrodomas neatsargumas. Pagal §29 taip sprendžiama turi būti nepriklausomai nuo to, ar B, kaip pagrindinis vykdytojas, bus baudžiamas už kūno sužalojimą, pavojingą gyvybei (§223 a), ar už kūno sužalojimą, sukėlusį mirtį (§226), ar galbūt net už nužudymą (§212) (plg. BGHSt 19, 339; *Jescheck*, AT §54 III 2; *Sch-Sch-Cramer*, §18, Nr. 7; Sk-*Rudolphi*, §18, Nr. 6; išvadas daro tas pačias, bet nesiremia §29 *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, S. 249 ir toliau, 258).

IV DALIS

BAUDŽIAMOSIOS VEIKOS, PADARYTOS NEVEIKIMU

§16. TIKRI IR NETIKRI NEVEIKIMU PADAROMI DELIKTAI, PAREIGŲ KOLIZIJA

694 Šešioliktasis atvejis. A, eidamas iš kalnų pievelės į namus, pastebi, kad kalnų šlaite esantis jo tėvų namas liepsnoja. Pro viršutinio aukšto langą A pastebi savo aštuonmetį brolį B. Tuo metu kitoje namo pusėje antrame aukšte esanti senelė G šaukiasi pagalbos. Namo viduje liepsnojanti ugnis yra tiek B, tiek G atkirtusi kelią į lauką. A mato, kad greitai įgrius stogo gegnės, ir suvokia, jog lipdamas kopėčiomis, jis spės išgelbėti tik vieną asmenį – arba B, arba G. Vos A, greitai apsisprendęs, spėjo išgelbėti B, viršutinė namo dalis įgriūva. G žūsta.

I. Kaip reikėtų šią situaciją vertinti baudžiamosios teisės požiūriu?

II. Kaip būtų, jei A degančiame name būtų suradęs ne senelę G, o savo draugę F ir:

1. Būtų išgelbėjęs B, o F būtų žuvusi?

2. Būtų išgelbėjęs F, o B būtų žuvęs namui sugriūvant?

I. Neveikimu padarytų deliktų suskirstymas ir atribojimas

695 I situacijoje reikia tikrinti, ar A G atžvilgiu pažeidė specialią pareigą išvengti padarinių, ar tik bendrą pareigą padėti ir ar jis savo elgesiu įvykdė neveikimu padaromo delikto veikos sudėtį.

1. Neveikimu padaromos baudžiamosios veikos skirstomos į dvi struktūriškai skirtingas grupes: tikrus ir netikrus neveikimu padaromus deliktus.

696 1. Tikri neveikimu padaromi deliktai yra baudžiamosios veikos, įvykdomos pažeidžiant įpareigojančią normą ir paprasčiausiai nesiimant veiksmų, kuriuos atlikti reikalauja įstatymas (BGHSt 14, 280, 281; *Jescheck*, AT §58 III 2).

Tikri neveikimu padaromi deliktai, tokie kaip „nepasišalinama“ pažeidus būsto neliečiamumą (§123 I antra alternatyva), nepranešama apie nusikaltimus (§138) ir nesuteikiama pagalba (§323 c), yra „paprastu veikimu padaromų deliktų priešingybė“ (plg. Nr. 24; kaip

kitus pavyzdžius galima paminėti BK §283 I Nr. 76, §326 III, §328 II Nr. 1, Akcijų įstatymo §401 I Nr. 1, 2 ir Ribotos atsakomybės bendrovių įstatymo §84 I Nr. 1, 2). Nors visais šiais atvejais neatlikus įstatyme reikalaujamo poelgio gali kilti socialiai žalingų padarinių, tačiau traukimą baudžiamojon atsakomybėn už atitinkamą elgesį pagrindžia ne tam tikri padariniai, o vien tai, kad neatliekama teisiškai reikalaujamos veikos. Pavyzdžiui, tas, kuris nesuteikia pagalbos autoįvykio aukai, nors konkrečioje situacijoje tai galėtų ir sugebėtų padaryti, yra baudžiamas tik pagal §323 c, o ne už nužudymą (§212, 211, 222), jei nukentėjusysis dėl sužalojimų miršta, bet kaltininko su juo nesieja ypatinga pareiga apsaugoti. Kai išvengiama padarinių, asmuo, kuriam skirta norma, neatsako, nes tikrų neveikimu padaromų deliktų atveju iš jo reikalaujama tik elgesio, kuris padėtų išvengti žalingų padarinių.

697 Ir priešingai, netikri neveikimu padaromi deliktai yra tokios baudžiamosios veikos, kai neveikiantysis, kaip „turintis pareigą veikti", yra įpareigotas išvengti padarinių ir kai vertinant neveikimą jis prilyginamas įstatyminės veikos sudėties įvykdymui aktyviais veiksmais (§13; plg. BGHSt GrS 16, 155; 19, 167). Netikros neveikimu padaromos baudžiamosios veikos yra veikimu padaromų deliktų veidrodinis atspindys ir dažniausiai „padarinių deliktų" priešingybė (žr. Nr. 22). Žalingų padarinių atsiradimas čia priklauso neteisėtos veikos sudėčiai. Asmuo, turintis pareigą veikti, bet pažeidžiantis jam uždėtą pareigą išvengti padarinių, įvykdo baudžiamosios veikos sudėtį, kuri įstatyme yra sukonstruota kaip veikimu padaromas deliktas ir kuri pirmiausia pagrįsta draudžiamąja norma.

Taip §212 yra pagrįstas draudžiamąja norma: „Tu negali žudyti!" Gyvybės atėmimas smerkiamas pirmiausiai turint galvoje kito asmens nužudymą aktyviais veiksmais, tačiau tuo neapsiribojama. Teisiškai vertinant veiką nėra jokio skirtumo, ar motina tyčia nunuodija savo vaiką, ar leidžia mirti jam iš bado ar nuskęsti baseine. Veikos sudėties prasme tai, kad padariniai sukeliami aktyviais veiksmais, prilygsta mirtinų padarinių sukėlimui ar neišvengimui dėl pareigas pažeidžiančio neveikimo. Visais šiais atvejais yra pažeistas draudimas nežudyti; motina, leidžianti vaikui mirti iš bado ar nuskęsti, pažeidžia ir specialią teisinę pareigą veikti (= padarinių išvengimo pareiga).

698 §13 leidžia iki šiol paprotinės teisės pagrindu pripažintą netikru neveikimu padarytų deliktų išvedimą iš veikimo veikos sudėčių, tačiau numato fiktyvią galimybę vertinant apskritai sušvelninti bausmę. Atliekant šį vertinimą be konkrečių veikos aplinkybių subjektyviai reikia atsižvelgti į visus požiūrius, leidžiančius spręsti apie poelgio žalingumą bei apie tai, ar neveikimas, lyginant su atitinkama veikimu padaroma veika, yra ne toks pavojingas (BGH JR 82, 464). Baudžiamąsias nuostatas apie veikimu padaromas veikas pritaikyti neveikimu padaromų veikų ypatybėms yra galima tik teisėjui papildant veikos sudėtį. Teismų praktikai ir teisės mokslui yra iškilęs uždavinys sukurti teisingus tam papildymui reikalingus kriterijus, kurie leistų atsakyti į klausimus, kada koks nors asmuo kaip asmuo, turintis pareigą veikti, „teisiškai privalo išvengti veikos sudėties padarinių" ir kokioms prielaidoms esant neveikimas „atitinka įstatyminės veikos sudėties įvykdymą aktyviais veiksmais" (išsamiau žr. §13 aiškinimą *Tenckhoff*, Spendel-Festschr., S. 347; kritiką žr. *Seebode*, min. veik., S. 317).

699 2. Veikimą atriboti nuo neveikimo remiantis išoriniu jų pasireiškimu dažniausiai nėra sunku. Tas, kuris priešingus įvykius pradeda ar tam tikra kryptimi nukreipia panaudodamas savo energiją, kažką „veikia"; tas, kuris leidžia įvykiams įvykti ir nepasinaudoja savo galimybe įsikišti, kažką „leidžia". Tačiau sunku yra atsakyti į klausimą, ko-

kia sudedamoji dalis susiliejus įvairiapusiam elgesiui gali būti svarbus kriterijus atliekant baudžiamąjį teisinį vertinimą ir ar išorinė elgesio pasireiškimo forma jau savaime lemia elgesio kvalifikavimą kaip veiką, padaromą veikimu ar neveikimu.

Tokių abejonių kyla esant neatsargumui, kur poelgio atlikimas yra susijęs su „neveikimo momentu" (t.y. kai nesilaikoma reikalaujamo rūpestingumo: jeigu dviratininkas R užvažiuoja ant pėsčiojo F ir jį sužaloja todėl, kad vakare R važiuoja be šviesų, tai būtinai kyla klausimas, ar aktyvus veiksmas (= važiavimas be šviesų), ar neveikimas (= kai neįrengiama ar neįjungiama apšvietimo sistema) buvo padarinių priežastis. Atsakymas į šį klausimą turi toli siekiančią prasmę, nes tik netikru neveikimu padaromų deliktų atveju yra reikalaujama „ypatingos teisinės pareigos veikti" „garanto" eigos prasme. Vyraujanti nuomonė „dviračio šviesų atveju" (RGSt 63, 392) daro teisingą išvadą, jog tai yra neatsargus veikimu padarytas deliktas (§230), nes didžiausia reikšmė vienareikšmiškai tenka padarinius sukeliančiam aktyviam veikimui (= kai dalyvaujama kelių eisme važiuojant be šviesų), o vadinamasis neatsargios veikos „neveikimo momentas" čia reiškia tik neesminę poelgio atlikimo sąlygą (plg. *Jescheck*, AT §58 II 2; *Kienapfel*, ÖJZ 76, 281). Tas pat taisytina ir priimant sprendimą plačiai cituotu „ožkos plaukų atveju" (RGSt 63, 211). Kai fabrikantas sukėlė daugelio darbininkių mirtį, nes išduodavo joms nedezinfekuotus ožkų plaukus (išsamiau žr. *Engisch*, Gallas-Festschr., S. 163, 184).

Atribojimo sunkumų gali iškilti ir tyčinio elgesio atveju, ypač tada, kai kas nors pakliūva į pavojų, o kitas asmuo nutraukia gelbėjimo akciją, kuri galėjo būti sėkminga, ar sutrukdo trečiam asmeniui gelbėti. Taip, pavyzdžiui, X įkrinta į šulinio duobę ir šaukiasi pagalbos, A nuleidžia virvę, tačiau vėl ją ištraukia nespėjus X jos pačiupti, nes A tuo metu atpažįsta nekenčiamą X; arba X nuskęsta tik todėl, kad A smogia norinčiam padėti B ir numeta jo gelbėjimo virvę į nepasiekiamą prarają.

700 Šios klaidos atribojimo problemos dar nėra pakankamai išnagrinėtos. Aišku yra tai, kad veikimu ir neveikimu padaromų deliktų atribojimas tokio pobūdžio atvejais nėra grynai empiriškai sprendžiamas klausimas, o yra vertinimo dalykas, ir surasti atsakymą, remiantis vien tik išoriškai pasireiškiančiu „energijos indėlio" kriterijumi (žr. *Engisch*, Gallas-Festschr., S. 163; *Otto/Brammsen*, Jura 85, 530), „priežastingumu" (Samson, Welzel-Festschr., S. 579) ar šių kriterijų kombinacija (tai *Sieber*, JZ 83, 431) nėra galima. Reikia pritarti vyraujančiai nuomonei, kad atsižvelgiant į visus šiuos kriterijus, lemiama reikšmė teiktina klausimui apie tai, kas norminio vertinimo požiūriu bei atsižvelgiant į socialinio poelgio prasmę sudaro baudžiamajai teisei svarbaus elgesio esmę (plg. BGHSt 6, 46, 59; BGH NJW 95, 204; OLG Karbsruhe GA 1980, 429; *Sch-Sch-Stree*, Nr. 158 prieš §13.

Kritiką apie tai *Struensee*, Festschr. für *Stree/Wessel*;s, S. 133, taip pat žr. *Ranfto* pranešime apie teismų praktiką: JZ 87, 859, 908.

701 Sutrukdymas efektyviai gelbėti aktyviais veiksmais įsibraunant į svetimą gelbėjimo akciją, kai yra naudojama prievarta ar apgaulė, visada atitinka veikimu padaromo delikto prielaidas; jeigu yra trukdoma naudoti tam tikrus gelbėjimo prietaisus, tai šitai, kieno nuosavybė tie prietaisai yra, visai nesvarbu (išsamiau žr. *Roxin*, Engisch-Festdchr., S. 380; *Sch-Sch-Stree*, Nr. 159 prieš §13). Neveikimu padaromas deliktas (§323 c) tokioje situacijoje gali būti įvykdytas tik tuomet, kai reikalinga pagalba nesuteikiama paprasčiausiai nieko neveikiant.

702 Kai nutraukiamas paties atliekamas gelbėjimo poelgis, yra neveikiama tuo atveju, jei gelbėjimo poelgis yra nutraukiamas anksčiau negu šis poelgis spėjo pasiekti objektą ir jam dar nebuvo sudaryta galimybė išsigelbėti. Vėliau sutrukdant išsigelbėti, kai tai buvo galima ir visai realu, tai yra veikimu padaromas deliktas.

Taip, pavyzdžiui, yra, kai A į šulinio duobę įkritusiam X paduoda gelbėjimo virvę, jį šiek tiek patraukia į viršą, bet vėliau, atpažinęs savo nekenčiamą priešininką, virvę paleidžia; X nukrinta žemyn ir žūva (= tyčinis nužudymas aktyviais veiksmais).

703 Vadovaujantis panašiais principais turi būti priimamas sprendimas ir tuo atveju, kai ligoniui, kurio išgelbėti nėra jokių galimybių ir jokios pastangos, dėl kurių pacientas atgautų sąmonę ir būtų atitolinta jo mirtis, negali būti sėkmingos, nutraukiamos intensyvios gelbėjimo priemonės (pvz., išjungiamas kvėpavimo aparatas ir taip pagreitinama mirtis):

Gydytojas, kuris dėl neperspektyvumo nutraukia rankomis atliekamą širdies masažą ar dirbtinį kvėpavimą burna į burną, toliau „neveikia", nes suvokia, jog bet kokios pastangos išgelbėti paciento gyvybę yra beprasmės. Ir tuo atveju, kai techninės gelbėjimo priemonės ir aparatūra pakeičia rankų veiklą, įvykių prasmė ir reikšmė nepakinta. Ir esant tokioms aplinkybėms pagal socialinę poelgio prasmę turime tik „neveikimą" tolesnio bandymo išgelbėti ir atgaivinti atžvilgiu, jei kvėpavimo aparatą išjungia gydantis gydytojas ar jo paliepimu – pagalbinis personalas. Nors atskiras „išjungimo" aktas reikalauja „veikti" ir „panaudoti energiją", tačiau norminiam įvykio vertinimui lemiamos reikšmės turi tai, kad baudžiamosios teisės požiūriu, reikšmingo elgesio esmę sudaro tai, kad tolesni gelbėjimo veiksmai neatliekami dėl jų beprasmiškumo, kurį parodo (nuolat tikrinama) paciento būklė.

704 Ir priešingai, jei technines priemones, neturėdami tam leidimo, išjungtų tretieji asmenys (pvz., godūs paciento paveldėtojai), tai būtų tyčinis nužudymas, įvykdytas veikimu padaromo delikto forma, nes čia trečiųjų asmenų elgesys pasireiškia vien tik aktyviais veiksmais ir pagal socialinę prasmę tai jokiu būdu nėra pagalbos aukai nesuteikimas.

705 Išsamiau žr. *V.Dellingshausen*, Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes, 1981, S. 426; *Engisch*, Gallas-Festschr., S. 163; *Frisch*, Zurechnung, S. 134; *Geilen*, JZ 68, 145; *Hruschka*, Bockelmann-Festschr., S. 421; *Jakobs*, AT 7/64; *Küper*, JuS 71, 474; *Roxin*, Engisch-Festschr., S. 380 ir NStZ 87, 345; *Sch-Sch-Stree*, Nr. 160 prieš §13; kitaip *Baumann-Weber*, AT §18 II 1; *Maurach-Gössel*, AT §45, Nr. 32; *Ranft* JuS 63, 340; *Samson*, Welzel-Festschr. S. 579; *Sieber*, JZ 83, 431; *Stoffers*, MDR 92, 621 ir JA 92, 138, 177.

II. Neveikimu padaromų deliktų veikos sudėtis

706 Tuo atveju, kai dėl kėsinimosi objekto speciali pareiga užkirsti kelią padarinių atsiradimui susiduria su §323 c numatyta bendra pareiga padėti, tai dėl subsidijarumo santykio §323 c užleidžia pirmenybę netikriems neveikimu padaromiems deliktams (plg. BGHSt 3, 65; 14, 282, 285).

Todėl pradinėje situacijoje I turi būti tikrinama, ar A savo senelės atžvilgiu pareigoms prieštaraujančiu neveikimu įvykdė §212 numatytą veikos sudėtį.

707 1. Pagal §13 objektyviai netikrų neveikimu padaromų deliktų veikos sudėčiai priklauso veikos sudėtyje numatytų padarinių atsiradimas, vadinasi, esant §212 numatytam atvejui, šios veikos sudėtis apima kito žmogaus mirtį.

Tokių padarinių šiuo atveju atsiranda; G žuvo griūnant degančiam namui.

708 2. Taip pat veikos sudėčiai reikia, kad konkrečioje pavojaus situacijoje nebūtų atliekamas būtinas gelbėjimo poelgis, esant fiziškai realiai galimybei atlikti tai, ką teisė įpareigoja atlikti, arba pagal aplinkybes tokiam elgesiui paskatinti trečiuosius asmenis.

Neveikimas reiškia ne pasyvų „nieko nedarymą", o konkrečių teisiškai reikalaujamų veiksmų neatlikimą.

Tai, ką asmuo, kuriam skirta norma, turi daryti, privalo būti objektyviai nustatyta. Be to, tai priklauso ir nuo konkretaus atvejo aplinkybių. Tas, kuris, pavyzdžiui, pats negali padėti sunkiai sužeistam asmeniui, turi apie jį pranešti gydytojui, iškviesti greitąją pagalbą ar imtis kitų gelbėjimo priemonių.

Teisiškai yra reikalaujama tik to, ką asmuo, kuriam skirta norma, pavojaus situacijoje fiziškai realiai gali padaryti. To, ko objektyviai yra negalima, neįmanoma padaryti, negalima ir neatlikti; tas, kuris Bonoje eina pasivaikščioti, negali išgelbėti į Reiną Kiolne įkritusiojo. Fiziškai realios galimybės imtis būtinų gelbėjimo veiksmų nėra visiško negalėjimo veikti atveju (pvz., dėl bejėgiškumo, sumišimo, paralyžiaus ir t.t.), taip pat tada, kai nelaimės vieta yra per toli, kai neturima būtinų gelbėjimui priemonių ar žinių, kaip šias priemones panaudoti, o pagaliau ir tada, kai individualiai nesugebama atlikti prasmingo teisinį gėrį gelbstinčio poelgio (jei nėra kitų galimybių, nemokantis plaukti ne „neatlieka" tik plaukiant galimo skęstančiojo gelbėjimo). Išsamiau, iš dalies kritiką žr. *Maiwald*, JuS 81, 473, 476.

709 Klausimas apie tai, ar neveikiantysis žinojo apie pavojų ir apie galimas pagalbos priemones šiam pavojui išvengti, nesusijęs su objektyvia veikos sudėtimi, o tik su veikos sudėties tyčia (*Maiwald*, min. veik., S. 478; *Maurach-Gössel*, AT §46, Nr. 113; Sch-*Sch-Stree*, Nr. 143 prieš §13; SK-*Rudolphi*, Nr. 3 prieš §13; kitą nuomonę žr. *Armin Kaufman*, Unterlassungsdelikte, S. 100 ir toliau; *Jescheck*, AT §59 II 2; *Schöne*, JZ 77, 150, 153; *Welzel*, Lb S. 212).

710 Pradinėje situacijoje I A neatliko tinkamo ir būtino poelgio išgelbėti G.

Fiziškai realiai galimybė, pasinaudojant turimomis kopėčiomis, išlaisvinti G iš degančio namo ir išgelbėti nuo gresiančios mirties, nepaneigiama dėl to, kad A galėjo išgelbėti tik B arba G. Prieš apsispręsdamas gelbėti B, A turėjo galimybę nuspręsti gelbėti G, ir būtų sugebėjęs tai padaryti.

711 3. Vyraujanti nuomonė patvirtina neveikimo priežastingumą padariniams atsirasti, kai teisiškai laukiamo poelgio negali įsivaizduoti, neįsivaizduojant to, jog nėra veikos sudėties padarinių (BGHSt 6, 1; 37, 106,126; BGH JZ 73, 173; NStZ 85, 26; LK-*Jescheck*, §13, Nr. 15, 18; *Sch-Sch-Stree*, §13, Nr. 61; *Schlüchter*, JuS 76, 793).

Tai, kad neveikimo atveju nėra „priežastingumo“ fizine prasme, visai nesvarbu, nes norminis vertinimas baudžiamojoje teisėje nepriklauso nuo priežasties sąvokos gamtos moksluose. Čia pakanka dėsningo neveikimo ir padarinių atsiradimo ryšio (plg. Nr. 155; *Baumann-Weber*, AT §18 II 2; *Jescheck*, AT §59 III 3; *Puppe*, ZStW 92, 863, 899 ir pastabos JR 92, 30; SK-*Rudolphi*, Nr. 15 prieš §13).

712 Teismų praktika, norėdama užkirsti kelią per daug išplėsti atsakomybę už neveikimą, *Condicio-sine-qua-non* formulę sieja (kitaip negu veikimu padaromų deliktų atvejais) ne su konkrečiai pasireiškiančiais, o su įstatyme abstrakčiai aprašytais padariniais.

Pavyzdys (BGH MDR 71, 361 pas *Dallinger* = JZ 73, 173). Naktį kilus gaisrui, ugnis apsupo su dviem mažais vaikais palėpės bute esančią A. Pabėgti per laiptinę buvo neįmanoma. Kadangi tikėtis, kad gaisrininkai atvyks greitai, nebuvo galima, todėl vienintelė galimybė išgelbėti vaikus buvo mesti juos pro langą žemyn (iš 6-7 metrų aukščio), kur pasiruošę gaudyti stovėjo trys vyrai. Nepaisant to, kad šie vyrai kelis kartus ragino tai daryti, bijodama rizikuoti ir sužeisti vaikus, A negalėjo tam ryžtis. Paskutinę sekundę ji pati iššoko ir išsigelbėjo, o abu vaikai žuvo ugnyje.

Federalinis teismas, nustatinėdamas priežastinį ryšį, nekelia klausimo, ar vaikai būtų išvengę mirties ugnyje, o bando išsiaiškinti, ar jie būtų likę gyvi, t.y. būtų buvę išgelbėti, jei A juos būtų laiku išmetusi pro langą į pasiruošusių gaudyti gelbėtojų rankas (iš esmės pritaria *Schlüchter*, JuS 76, 793; *Ulsenheimer* JuS 72, 252; remdamasis konkrečia mirtimi ugnyje atmeta *Herzberg*, MDR 71, 881; *Spendel*, JZ 73, 137, 140). Federalinio teismo pasirinktas klausimo kėlimo būdas neatrodo įtikinamas pirmiausia todėl, kad konkrečių padarinių (čia – mirtis ugnyje) inkriminavimo niekada negalima paneigti netgi tada, kai įvykiai vyksta 20 aukšte ir vaikų metimas žemyn reikštų garantuotą mirtį (plg. *Geilen*, pastabos JZ 73, 321). Pareigos išvengti padarinių, numatytų §13, prasme tikrai negali būti vienos mirties rūšies (= mirties ugnyje) pakeitimas kita (= mirtimi iškritus pro langą). Antra vertus, Federalinio teismo pasirinktas sprendimo kelias nepatenkina ir todėl, kad pasitenkinama vien svarstymais apie priežastingumą. Teisingas ir metodiškai nepriekaištingas problemos sprendimas yra galimas tik priežastingumą tiksliai atribojant nuo objektyvaus inkriminavimo.

713 Netikrų neveikimu padaromų deliktų įvykdymo atveju, panašiai kaip ir neatsargumo deliktų atveju, padarinių inkriminavimas priklauso nuo trijų prielaidų: priežastinio ryšio (plg. Nr. 156 ir toliau), nuo bendrųjų objektyvaus inkriminavimo kriterijų (plg. Nr. 180 ir toliau) ir nuo specialaus priešingumo pareigoms ryšio tarp nieko neveikimo ir padarinių. Nustatant priežastinį ryšį, kaip ir veikimu padaromų deliktų atvejais, reikia remtis konkrečiais padariniais (anksčiau pateiktame pavyzdyje – abiejų vaikų mirtimi ugnyje); galimos papildomos priežastys pagal bendras taisykles nelaikytinos svarbiomis. Nagrinėjant priešingumo pareigoms ryšį, turi būti keliamas klausimas, ar šie padariniai kaip tik ir remiasi neveikimo priešingumu pareigoms (plg. BGHSt 37, 106, 116; *Stree*, Klug-Festschr., S. 395; taip pat žr. *Kahlo*, Das Problem des Pflichtwidrigkeits-Zusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990, S. 306, taip pat GA 1987, 66). Ši prielaida turi būti pa-

tvirtinta tik tada, kai yra beveik garantuota, jog konkrečioje pavojaus situacijoje ėmusis rekomenduoto gelbėjimo poelgio, teisinis gėris, kuriam buvo iškilęs pavojus, būtų buvęs išgelbėtas, t.y. veikos sudėties padarinių būtų buvę išvengta ir gyvenimo trukmė iš esmės būtų buvusi ilgesnė (BGH NStZ 85, 26; 87, 505) arba (kūno sužalojimo atvejais) būtų padarytas kur kas lengvesnis kūno sužalojimas (griežtesnę nuomonę žr. *Brammsen*, MDR 89, 123, kuris padarinius priskiria jau ir tuomet, kai paprasčiausiai neišnaudojamas negarantuotas gelbėjimo šansas, kuriuo pasinaudojus pavojus galbūt būtų mažesnis). Tuo atveju, kai elgiantis pagal pareigas ir išnaudojus turimą gelbėjimo galimybę, būtų buvę gauti tokie pat veikos sudėties padariniai (pvz., kitokio pobūdžio mirtis) ar būtų prarastos tokios pat vertybės, priešingumo pareigai ryšio nėra, o kartu negalima ir objektyviai inkriminuoti padarinių.

Byloje, kurią turėjo išspręsti Federalinis teismas (JZ 73, 173), žemės teismas buvo nustatęs, kad egzistuoja prielaidos objektyviai inkriminuoti padarinius (= abiejų vaikų mirtį).

714 Pradinėje situacijoje I, kurią reikia išspręsti, A neveikimas buvo viena iš senelės G „mirties ugnyje" priežasčių. Kadangi ji būtų likusi gyva, jei A (vietoj B), pasinaudodamas kopėčiomis, iš degančio namo būtų išlaisvinęs ją, todėl dėl mirtinų padarinių objektyvaus inkriminavimo abejonių nekyla.

715 4. Pagal §13 neveikimas gali būti prilygintas aktyviam veikimui tuomet, kai neveikiantysis yra kelio padariniams atsirasti užkirtimo garantas, t.y. dėl ypatingos pareigos „pagal teisę turi užtikrinti, kad veikos sudėties padarinių neatsirastų". Vienintelės aplinkybės, kurios pagrindžia šią jo, kaip garanto padėtį, yra nerašyti netikrų neveikimu padaromų deliktų veikos sudėčių požymiai (BGHSt GrS 16, 155, 158).

Pareigos išvengti padarinių pagrindas gali būti tik teisinė pareiga; vien tik dorovinių pareigų neužtenka (RGSt 66, 71; BGHSt 7, 268, 271; 30, 391).

Iš veikos sudėtį atitinkančios situacijos tikrų neveikimu padaromų deliktų atvejais negali kilti jokia garantinė pareiga, nes šiuo atveju kalbama apie bendras teisines pareigas, kurias vykdyti privalo kiekvienas asmuo (BGHSt 3, 65; *Jescheck*, AT §59 IV 2; *Sch-Sch-Stree*, §13, Nr. 57).

716 Į klausimą, kada ir kaip atsiranda baudžiamajai teisei svarbi garanto padėtis, dar nėra galutinai atsakyta. Jei anksčiau atsiradimo pagrindais buvo pripažįstami įstatymas, sutartis, anksčiau padaryti kenkiantys veiksmai ir artimi tarpusavio santykiai (plg. RGSt 63, 392; 74, 309; BGHSt 2, 150; 19, 167), tai naujausiame moksle yra ieškoma materialių kriterijų. Garanto santykiai čia grindžiami dviem pagrindinėmis pozicijomis: „ypatinga pareiga apsaugoti tam tikrus teisinius gėrius" ir „atsakomybe už tam tikrus pavojaus šaltinius". Tačiau yra būtina atsižvelgti į tai, kad abi šios sferos gali susikirsti ir konkrečiu atveju skirtingos garanto padėtys gali sutapti (išsamiau žr. *Arzt*, JA 80, 553, 647, 712; *Otto/Brammsen*, Jura 85, 530).

Prieštaraudamas vyraujančiai nuomonei ir remdamasis Konstitucijos 103 str. II dalimi *Seebode* (Spendei-Festschr., S. 317, 344) teigia, kad pareigos išvengti padarinių pagrindu gali būti pažįstami tik „įstatymu ar sutartimi paremti garantiniai santykiai", o grynai „faktinės aplinkybės" tokiu pagrindu būti negali.

717 5. Pareigos apsaugoti tam tikrus teisinius gėrius gali kilti keliais atvejais.

718 a) Iš ypatingų teisinių nuostatų (pvz., CK §1353, 1626, 1631, 1705, 1793, 1800) arba iš teisiškai pagrįstų natūraliai artimų tarpusavio santykių, pavyzdžiui, santykių tarp sutuoktinių (RGSt 71, 189; BGHSt 2, 150), tarp tiesioginės linijos giminaičių (BGHSt 7, 268; 19, 167), tarp brolių ir seserų bei sužadėtinių (BGH JR 55, 104); tačiau pareiga apsaugoti kiekvienu atveju gali būti skirtinga.

Efektyvios šeimyninės bendruomenės buvimas šiais atvejais, ypač tarp tiesioginės linijos giminių, nėra būtina sąlyga. Jei, pavyzdžiui, vaikai palieka tėvų namus, tai nebūtinai reiškia, kad asmens, turinčio veikti tam tikru būdu, padėtis išnyksta; jeigu tėvams prireikia būtent vaikų, o vaikams tėvų pagalbos, kai iškyla didelis pavojus gyvybei, sveikatai ar laisvei, tai ši pagalba ir apsauga turi būti suteikta (kitą nuomonę žr. *Rudolphi*, NStZ 84, 149, 153). Ar tai taikytina tuo atveju, kai sutuoktiniai gyvena atskirai, apibendrintai atsakyti negalima – būtina atsižvelgti į atskiras konkretaus atvejo aplinkybes; svarbu gali būti tai, nuo kada sutuoktiniai gyvena atskirai, kaip jie (draugiškai ar priešiškai) yra išsiskyrę ir kokie yra jų asmeniniai santykiai išsiskyrus (išsamiau žr. *Lilie*, JZ 91, 541; LK-*Jescheck*, §13, Nr. 21 ir toliau; *Sch-Sch-Stree*, §13, Nr. 17 ir toliau).

719 b) Iš kitų bendro gyvenimo bendrijų ar iš bendruomenių, susijusių su tam tikra rizika, kuriose atsižvelgiant į tikslingą jų atsiradimo pobūdį ir tuo paremtus pasitikėjimo santykius socialiai tipiškose pavojaus situacijose turi būti garantuota tarpusavio pagalba ir rūpestis – tai pasakytina apie į santuoką panašias bendro gyvenimo bendrijas bei apie alpinistų, plaukiančių aplink pasaulį buriuotojų, jūros narų ir ekspedicijų dalyvių santykius; tačiau tokios pareigos nekyla tarp atsitiktinai susitikusių sugėrovų (BGH NJW 54, 1047) ar narkotikų vartotojų (OLG Stuttgart NJW 81, 182; išsamiau žr. *Sch-Sch-Stree*, §13, Nr. 23-25).

Bendras gyvenimas namų bendrijoje dar savaime nepagrindžia asmens, turinčio pareigą veikti, padėties §13 prasme, nes dėl labai skirtingų žmonių gyvenimo bendrai formų, turinčių pareigą apsaugoti, žmonių skaičius būtų pernelyg išplėstas (BGH NStZ 84, 163; NJW 87, 850). Taip Federalinis teismas (NStZ 83, 117) paneigė tokią pareigą tarp bendrai gyvenančių pensininkų tokiu atveju, kai vienas iš jų, kankinamas nuolat stiprėjančio skausmo, kategoriškai atsisako, kad kitas iškviestų jam gydytoją, nes sergantysis yra laisvai ir atsakingai apsisprendęs nesipriešinti akivaizdžiai artėjančiai mirčiai ir leisti jai įvykti.

Asmens, privalančio veikti, pareiga tokiais atvejais, jei nėra artimų šeimyninių ryšių labiausiai gali kilti faktiškai perimant apsaugos funkciją (žr. Nr. 720). Esminiai svarbu yra tai, kokie konkretūs santykiai asmenis sieja, kaip jie pasidaliję užduotis ir ar dėl to yra atsiradusi pasitikėjimu paremta veikos sudėtis, kuri, priklausomai nuo konkrečių priklausomybės santykių, apima ir apsaugą nuo tam tikrų pavojų (tiksliau žr. *Rudolphi*, NStZ 84, 149, 152).

720 c) Iš savarankiško įsipareigojimo saugoti ir padėti, pvz., kai gydytojas apsiima gydyti, kai esama įsipareigojimų dėl ligonių priežiūros, kai auklė įsipareigoja prižiūrė-

ti vaikus, kai kalnų vadovas ar pirties prižiūrėtojas privalo atlikti savo funkcijas ir pan. Lemiamą reikšmę asmens, turinčio veikti, padėčiai pagrįsti tokiais atvejais turi ne sutartinių įsipareigojimų galiojimas civilinės teisės prasme, o tai, ar faktiškai prisiimamos atitinkamos pareigos dėl reikalingos pagalbos suteikimo. Esminė reikšmė čia tenka klausimui, ar pasitikint pažadėtos pagalbos nebuvo imtasi ir ar galėjo būti nesiimta kitų apsaugos priemonių (plg. *Maiwald*, JuS 81, 473, 481; *Sch-Sch-Stree*, §13, Nr. 27; apie greitosios pagalbos tarnybą žr. Ranft, JZ 87, 914, Nr. 14 prieš BGHSt 7, 211).

Priimant į namų bendriją asmenis, kuriems reikalinga globa, paprastai pagal aplinkybes pagrindžiama pareiga teikti reikalingą pagalbą (RGSt 69, 321; 73, 389; 47, 309). Buto savininkas, kuris už atlyginimą priima į savo butą gyventi benamį, turi teikti jam apsaugą. Tarp jų atsiranda pagrindas pasitikėti ir todėl buto savininkas įpareigotas įsikišti, jei kiti jo svečiai po bendrų išgertuvių užpuola naujai priimtąjį, norėdami jį apiplėšti ar priversti atlikti kokius nors veiksmus (BGHSt 27, 10; su pastabomis *Naucke*, JR 77, 290; *Otto/Brammsen*, Jura 85, 646; kitaip mano *Sch-Sch-Stree*, §13, Nr. 54; *Tenckhoff*, JuS 78, 308). Buto savininko pareiga išvengti padarinių nereiškia, kad jis privalo užtikrinti, jog jo lankytojai bei kiti bute esantys asmenys nedarytų jokių baudžiamųjų veikų ar nepakenktų patys sau (pvz., vartodami narkotikus; plg. BGHSt 30, 391; BGH NJW 93, 76; OLG Stuttgart NJW 81, 182). Savo namų valdymas nėra pagrindas buto savininką prilyginti teisės pažeidėjui. Buto savininko garantinė padėtis yra grindžiama kitais argumentais, ypač tuo, kad jeigu butas dėl ypatingų jo savybių ar geografinės padėties yra pavojaus šaltinis, tai jo savininkas privalo garantuoti ir stebėti, kad butas nevirstų patogia priemone baudžiamosioms veikoms daryti (pvz., kai buto įranga palengvina aukos užpuolimą, kai buto patalpos naudojamos kaip pagrobto turto sandėlis ar kai butas yra baudžiamųjų veikų rengimo vieta; plg. BGH wistra 93, 59; NJW 93, 76; LK-*Jescheck*, §13, Nr. 44).

721 d) Dėl su ypatingomis pareigomis susijusios tarnautojo ar juridinio asmens padalinio padėties.

Į klausimą, kiek tarnybinės pareigos sutampa su pareiga atitinkamai veikti, dar ginčijamasi ir dar nėra galutinai atsakyta; pagal vyraujančią nuomonę tai priklauso nuo tarnybinių pareigų pobūdžio ir pagrindinės veikos sferos. Tas, kuris, pvz., būdamas tvarkos tarnybos vadovu, privalo stebėti, kaip laikomasi Maitinimo įstaigų įstatymo nuostatų, Federalinio teismo nuomone (BGH NJW 87, 199), turi veikti kaip garantas tų pavojų atvejais, kurie kyla atitinkamoje įstaigoje BK §180 I saugomiems asmenims ir visuomenei (kritiką žr. *Ranft*, JZ 87, 914 Nr. 145; *Rudolphi*, pastabos JR 87, 336). Apsaugos policijos pareigūnai, vykdydami savo tarnybines pareigas, savo tarnybos vietoje ir savo kompetencijos ribose privalo užkirsti kelią baudžiamosioms veikoms vykdyti ir apsaugoti atskirus asmenis bei visuomenės teisinius gėrius (išsamiau žr. BGHSt 38,388; *Laubenthal*, JuS 93, 907; *Mitsch*, pastabos NStZ 93, 384). Apie vandens žinybų tarnautojų garantinę padėtį vandenų užteršimo (§324 prasme) atvejais žr. OLG Frankfurt JR 88, 168 su pastabomis *Keller*.

722 6. Atsakomybė esant tam tikriems pavojaus šaltiniams už asmens, turinčio pareigą atitinkamai veikti, neveikimą gali atsirasti keliais atvejais.

723 a) Dėl pareigos garantuoti saugumą tam tikruose santykiuose (tokios pareigos tenka, pavyzdžiui, namų, žemės sklypų savininkams, transporto priemonių valdytojams,

pavojingų įmonių savininkams dėl pavojaus šaltinių, už kuriuos jie turi atsakyti), dėl pareigos apsaugoti nuo pavojų, kurie susiję su daiktų, statinių, įrangos būkle tam tikroje socialinio valdymo sferoje, taip pat savanoriškai prisiėmus pareigas stebėti ir apsaugoti.

Plg. BGH NJW 82, 1235; NJW 75, 108; BGHSt 19, 286; BayObLG VRS 60, 180 apie vairuotojo garantinę padėtį, susijusią su daikto valdymu, kai sunkvežimis pastatomas skersai važiuojamosios dalies ir blokuoja autostradą; OLG Stuttgart NJW 81, 2369 apie autoįvykio vietoje esančio automobilio savininko garantinę padėtį, kai autoįvykį sukėlęs vairuotojas, kuriam automobilio savininkas prieš tai buvo leidęs vairuoti, pasišalina iš įvykio vietos; apie tai žr. *Weber*, Oehler-Festschr., S. 83.

Tokiose situacijose (skirtingai negu Nr. 725 minimoje atvejų grupėje) yra nesvarbu, ar pavojus kilo dėl pareigas pažeidžiančio elgesio, ar dėl socialiai adekvačios, teisiškai leistinos veiklos (plg. LK-*Jescheck*, §13, Nr. 35). Taip yra todėl, kad pašalinis asmuo negali paveikti kitų asmenų valdomų pavojaus šaltinių ir todėl turi pasitikėti, kad turintieji teisę disponuoti pavojaus šaltiniais už juos kaip vykdytojai atsako, kontroliuoja šiuos pavojaus šaltinius ir laikosi veiksmingų apsaugos priemonių, neleidžiančių padaryti žalos kitiems asmenims.

724 b) Dėl pareigos prižiūrėti trečiuosius asmenis (plg. BK §357, Įstatymo dėl Karo nusikaltimų §41, Jūreivių įstatymo §108; išsamiau žr. RGSt 53, 292; 71, 176). Priešingai negu nusprendė Respublikos teismas (RGSt 74, 283), gyvenimas santuokoje dar savaime nekelia pareigos užkirsti kelią kito sutuoktinio daromoms baudžiamosioms veikoms (dėl to abejojama ir Federalinio teismo sprendime BGHSt 19, 295, 297). Sutuoktinio tarpusavio santykiams, tėvų santykiams su pilnamečiais vaikais ir vaikų santykiams su tėvais turi būti taikomas principas, kad suaugusieji paprastai patys atsako už savo veikimą ar neveikimą (išsamiau žr. *Arzt*, JA 80, 64, 652; *Sch-Sch-Stree*, §13, Nr. 53);

725 c) Dėl ankstesnio priešingo pareigoms, žalingo elgesio, nes kiekvienas, dėl kurio objektyviai priešingo pareigoms veikimo ar neveikimo yra iškilusi grėsmė pažeisti trečiųjų asmenų teisinį gėrį, privalo išvengti gresiančių padarinių ir imtis atitinkamų gelbėjimo priemonių (išsamiau žr. BGH NStZ 92, 31; kritines pastabas žr. *Neumann*, JR 93, 161; BGH NJW 92, 3309; *Arzt*, JA 80, 713; pagrindžia BGHSt 37, 106 (apie produktų, kurių vartojimas pagal paskirtį dėl jų savybių kelia pavojų vartotojų sveikatai, paleidimą į apyvartą); apie odos purškiklio atvejį žr. *Beulke/Bachmann*, JuS 92, 737; *Brammsen*, GA 1993, 97; *Hilgendorf*, NStZ 94, 561; *Kuhlen*, NStZ 90, 566 ir JZ 94, 1142; *Meier*, NJW 92, 3193; *Puppe*, JZ 94, 1147 ir pastabos JR 92, 30; *Samson*, StVert 91, 182).

Būtina prielaida tokiais atvejais yra tai, kad priešingumas pareigoms turi reikšti normos, skirtos tikram teisiniam gėriui saugoti, pažeidimą (BGHSt 37, 106, 115; *Stree*, Klug-Festschr., S. 395).

726 Iš teisėto ar teisingo išankstinio elgesio neatsiranda asmens, turinčio atitinkamai veikti, padėtis, o atsiranda tik pareiga padėti pagal §323 c bent jau tuomet, kai esant

būtinosios ginties situacijai sužeidžiamas užpuolėjas (BGHSt 23, 327) ar kitas asmuo, nors elgiamasi be klaidų ir rūpestingai (BGHSt 25, 218).

Lygiai taip mano LK-*Jescheck* 13, Nr. 33; LK-*Spendel*, §32, Nr. 332; *Otto*, NJW 74. 528; *Sch-Sch-Stree*, §13, Nr. 35; SK-*Rudolphi*, §13, Nr. 39 ir toliau; kitą nuomonę žr. *Baumann-Weber*, AT §18 II 4 c; *Herzberg*, JZ 86, 986 ir JuS 71, 74; *Welp*, pastabos JZ 71, 433 su kitomis nuorodomis; diferencijuoja *Jakobs*, AT 29/39 ir toliau; *Maiwald*, JuS 81, 473, 482; panašiai mano *Arzt*, JA 80, 4712, 716.

Tas, nuo kurio teisei priešingo užpuolimo ginamasi ir dėl to šiam asmeniui (užpuolikui) iškyla pavojus, negali laukti, kad teisėtvarka reikalaus, jog užpultasis užpuoliko atžvilgiu elgtųsi kaip asmuo, turintis atitinkamai veikti; tai prieštarautų būtinosios ginties prasmei (BGHSt 23, 327). Taip pat būtų neteisinga užkrauti sunkią asmens, turinčio atitinkamai veikti, atsakomybę visapusiškai rūpestingai važiuojančiam vairuotojui ir paversti jį kito eismo dalyvio, kuris savo prieštaraujančiu eismo taisyklėms elgesiu sukelia eismo įvykį ir pats turi būti atsakingas dėl susidariusios pavojingos situacijos, saugotoju (BGHSt 25, 218, 222). Tokiais atvejais užpuolėjo, kuriam prireikė pagalbos, ar nelaimės aukos interesus pakankamai saugo numatantis pareigą padėti §323 c.

Prieštaraujantis eismo taisyklėms vairuotojo elgesys, pvz., maksimaliai leistino greičio viršijimas, šio vairuotojo, kaip turinčio pareigą atitinkamai elgtis, padėtį eismo įvykio aukos atžvilgiu, Federalinio teismo nuomone (BGHSt 34, 82), pagrindžia tada, kai tarp šio elgesio ir eismo įvykio yra tiesioginis ryšys ir šis elgesys prisidėjo prie atsiradimo padarinių. Kritiką žr. *Ranft*, JZ 87, 864 Nr. 7; *Rudolphi*, pastabos JR 87, 162.

727 Dar nėra galutinai aišku, ar vyraujantis požiūris, kad teisėtas ankstesnis elgesys niekada vienas *pats* negali pagrįsti asmens, turinčio atitinkamai veikti, padėties, yra teisingas, ar vis dėlto tam tikrais griežtai išimtiniais atvejais gali būti ir kitaip.

Apie tam tikras išimtis galima galvoti, pavyzdžiui, agresyviosios būtinosios ginties atvejais, arba kai teisė susiduria su teise, ir besielgiantis iš tuo metu esamos sunkios situacijos išsivaduoja trečiųjų asmenų sąskaita. *Pavyzdys*. Dviratininkas R kelio posūkyje, kuriame kelias blogai matomas, išvengia susidūrimo su iš priekio dideliu greičiu atvažiuojančiu girto vairuotojo vairuojamu automobiliu, tik užvažiuoja ant pėsčiųjų tako, kur, neturėdamas kitos išeities, partrenkia senutę G ir ši su sulaužyta koja lieka gulėti; R tuo metu nesužeistas pasišalina. Jeigu šiuo atveju būtų nustatyta, kad egzistuoja §34 numatytos prielaidos (o ne kaltę šalinančios §35), tai būtų beveik aišku, kad R G atžvilgiu tenka pareiga atitinkamai veikti, kadangi būtinybė teikti pagalbą G kilo ne dėl jos pačios, o dėl R jam naudingo elgesio. Su §34 prasme yra visiškai suderinama tai, kad R uždedamos pareigos atitinkamai veikti (po to, kai jis pats išvengia pradinio pavojaus) ir reikalaujama, kad jis užkirstų kelią (iškviesdamas greitąją pagalbą ir t.t.) didesnės žalos G atsiradimui.

728 Apie atskiras dar neišspręstas su netikrais neveikimu padaromais deliktais susijusias problemas (be jau cituotų autorių) žr.: Brammsen, Die Entstehungsvoraussetztungen der Garantenpflichten, 1986; tas pats, Erfolgszurecchnung bei unterlassener Gefahrverminderung durch eine Garanten, MDR 89, 123; *Dencker*, Ingerenz: Die defizitäre Tathandlung, Festschr. für Stree/Weessels, S. 159; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992; *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *Jescheck*, Probleme des unechten Unterlassungsdelikts in rechtsvergleichender Sicht, in: 140 Jahre GA, 193, S. 115; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der

Ingerenz, 1955; *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, 1974; *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971; *Seelmann*, Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik, GA, 1989, 241; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unnechten Unterlassungsdelikten, 1993; *Welp* Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968.

Apie neatsargių neveikimu padaromų deliktų struktūrą žr. *Fünfsinn*, Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht, Diss. Frankfurt a. M., 1985; finaliniu požiūriu remiasi *Schöne*, JZ 77, 150 ir *Struensee*, JZ 77, 217.

729 7. Pradinėje situacijoje I A, kaip asmuo, turėjęs pareigą atitinkamai veikti, dėl artimų natūralių santykių buvo įpareigotas užkirsti kelią senelės G mirčiai.

Artimiausi šeimos nariai, tokie kaip sutuoktiniai, tiesioginės linijos giminaičiai, broliai ir seserys, iškilus pavojui gyvybei ir sveikatai privalo vieni kitiems padėti (pareiga apsaugoti mažesnė tada, kai pavojus kyla turtinėms vertybėms). Konkrečiose situacijose yra galimos įvairios šios nuostatos išimtys. Išimtis gali pagrįsti amžius, turinčio pareigą veikti kūno sudėjimas ar tai, kad, atsižvelgiant į aplinkybes, nėra efektyvios šeimos bendrijos (plg. LK-*Jescheck*, §13, Nr. 23; *Sch-Sch-Stree*, §13, Nr. 19, 20). Tačiau nagrinėjamoje situacijoje apie tokias išimtis kalbėti nėra pagrindo.

730 8. §13 I antroji sakinio dalis numato, kad asmens, turinčio atitinkamai veikti, baudžiamoji atsakomybė priklauso ir nuo to, ar padariniams užkertantis kelią neveikimas „atitinka įstatyminės veikos sudėties įvykdymą aktyviais veiksmais“. Ši „atitikimo sąlyga“ savarankišką reikšmę turi tik vadinamųjų su elgesiu susijusių deliktų atveju, t.y. tada, kai numatytas tam tikras elgesio būdas. Tai reiškia, kad nėra pasitenkinama sukeliant padarinius bet kaip, o, pavyzdžiui, kaip išsamiai aprašoma §142, 180, 211 II antra grupė, 240, 263, kaip konkrečiai turi būti sukelti padariniai.

Apie tai žr. *Jakobs*, AT 29/7; *Roxin*, JuS 73, 197; LK-*Jescheck*, §13, Nr. 5; *Sch-Sch-Stree*, §13, Nr. 4; kitaip mano *Arzt*, JA 80, 712, 717.

Pradinėje situacijoje I, nustačius A kaip asmens, turinčio atitinkamai veikti, padėtį, nereikia papildomai tikrinti lygiavertiškumo §13 I numatytos „atitinkamos sąlygos“ prasme, nes §212 tyčiniam nužudymui nenumato jokio ypatingo įvykdymo būdo ir nereikalauja jokio specialaus elgesio žalingumo.

731 Teismų praktikoje ir teisės moksle daromos beveik vienodos išvados dėl to, kad ir netikrų neveikimu padaromų deliktų atveju neveikiantysis turi būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn atsižvelgiant į išlygą apie galimybę iš šio asmens reikalauti normas atitinkančio elgesio (išsamiau žr. BGH NStZ 84, 164 ir 94, 29 su kitomis nuorodomis, siauriau LK-*Jescheck*, Nr. 91 prieš §13, kuris reikšmę šiam klausimui teikia tik esant būtinojo reikalingumo, šalinančio kaltę, atvejais). Tačiau atviras išlieka klausimas, kuriame tikrinimo lygmenyje į tai reikėtų atsižvelgti ir ar tai jau paliečia pareigą įvykdyti poelgį. Atsižvelgiant į tai, kad įstatymas asmenį, turintį atitinkamai veikti, §13 prasme, vadovaujantis šios normos numatytomis prielaidomis, prilygina veikiančiam kaltininkui, reikėtų daryti išvadą, kad galimybės reikalauti tam tikro elgesio klausimas turi būti sprendžiamas kitaip, negu tikrų nevei-

kimu padaromų deliktų atveju (plg. §323 c ir BGHSt 11, 135, 353 apie §138; BGH FamRZ 64, 418), t.y. ne jau veikos sudėties lygmeniu, o pagal bendras taisykles turi būti tikrinama tik kaltės lygmeniu.

Plg. BGHSt 6, 47, 57; *Baumann-Weber*, AT §18 I 2; *Jakobs*, AT 29/99; *Jescheck*, AT §59 VIII; LK-*Hirsch*, Nr. 193 prieš §32; SK-*Rudolphi*, Nr. prieš §13; kitaip mano OLG Karlsruhe MDR 75, 771: atitikimo sąlygos problema; *Haft*, JA 82, 473; *Sch-Sch-Stree*, Nr. 155 prieš §13: veikos sudėties apribojimas; diferencijuoja *Küper*, Pflichtenkollision, S. 86 ir toliau, 95, kuris tada, kai saugomi bent jau tokios pat vertės savi interesai, pripažįsta atleidimą nuo atsakomybės (pateisinimą), o kitais atvejais – kaltės paneigimą. Praktinę reikšmę šis nuomonių skirtumas pirmiausia turi sprendžiant klausimą, ar klaidingas kaltininko manymas, kad objektyviai iš jo negali būti reikalaujama atlikti būtiną gelbėjimo poelgį, pagal §16 pašalina tyčią arba ne. Tam tikrų padarinių šis nuomonių skirtumas turi ir esant bendrininkavimui darant deliktą: jeigu negalimumas reikalauti atitinkamo elgesio paneigia, kad neveikimas atitinka veikos sudėtį, tai kartu yra pašalinami ir §26 ir 27 numatyti atsakomybės už kurstymą bei padėjimą pagrindai.

732 9. Veikimu padaromų deliktų įvykdymo atvejais galiojantis principas, kad tyčia yra veikos suvokimas ir norėjimas ją padaryti (plg. Nr. 203) neveikimui taikytinas tik pagal prasmę, nes čia trūksta aktyvaus veikimo, pagrįsto norėjimu įvykdyti veiką. Tyčinis neveikimas yra apsisprendimas tarp nieko neveikimo ir galimo veikimo (BGHSt 19, 295, 299). Netikrų neveikimu padaromų deliktų tyčia apima objektyvią veikos sudėtį įvykdančių požymių visumą, tarp jų ir asmens, turinčio atitinkamai veikti, padėtį pagrindžiančias aplinkybes.

Todėl klaida dėl asmens, turinčio atitinkamai veikti, padėties yra klaida dėl veikos sudėties (§16 I 1); ir priešingai, klaidai dėl asmens, turinčio atitinkamai veikti, pareigų kaip tokių yra klaida dėl draudimo (§17), atitinkama „klaida dėl įpareigojimo" (BGHSt GrS 16, 155).

Veikos sudėties tyčiai priklauso valia (noras) nieko neveikti, žinant visus objektyvius veikos sudėties požymius ir suvokiant, kad įmanoma išvengti gresiančių padarinių (plg. BGH NDR 84, 795 pas *Holtz*).

Kitaip mano *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte, S. 66 ir toliau, taip pat *Welzel*, Lb S. 205, kuris „neveikimo tyčią" neigia. Kritiką žr. *Grünwald*, H.Mayer-Festschr., S. 281; *Jakobs*, AT 29/82 ir toliau; LK-Roxin, §26, Nr. 102.

Pradinėje situacijoje I A veikos sudėties tyčia turi būti patvirtinta.

733 10. Bendrininkavimo įvykdant netikrus neveikimu padaromus deliktus atvejais svarbus yra tik bendravykdymo ir padėjimo atribojimas; jis atliekamas iš esmės vadovaujantis bendromis taisyklėmis (plg. BGH NStZ 92, 31; kritiką žr. *Roxin*, Täterschaft, S. 597, 669 ir toliau; *Seier*, JA 90, 382 ir toliau).

Bendrininkavimas netikro neveikimu padaromo delikto padaryme aktyviu veikimu niekuo nėra ypatingas. Kelių neveikimo vykdytojų bendravykdymas yra galimas kaip ir bendravykdymas veikimu padaromuose deliktuose (išsamiau žr. BGHSt 37, 106, 129; BGH NStZ 85, 24, Nr. 6; *Arzt*, JA 80, 553, 557 ir toliau; *Maurach-Gössel*, AT §47, Nr. 108;

iš dalies kitaip mano LK-*Jescheck*, §13, Nr. 53, kurio manymu, neveikiantysis anksčiau minėtu atveju visada turi būti laikomas padėjėju). Asmuo, turintis atitinkamai veikti, savo neveikimu gali padėti įvykdyti veikimu ar neveikimu padaromą deliktą (išsamiau žr. BGH NStZ 85, 24 Nr. 6; StrVert 86, 59; NJW 87, 199; NStZ 92, 31).

Įvadas apie viską *Sowada*, Jura 86, 399. Apie BK 28 reikšmę esant kurstymui ar padėjimui įvykdyti netikrus neveikimu padaromus deliktus žr. *Vogler*, Lange-Festschr., S. 265.

III. Priešingumas teisei ir nuo atsakomybės atleidžianti (pateisinanti) pareigų kolizija

734 Veikos priešingumo teisei netiesioginis įrodymas yra neteisėtos veikos sudėties įvykdymas. Kyla klausimas, ar A neveikimas G atžvilgiu negali būti pateisintas dėl pareigų kolizijos.

735 Pareigų kolizija turima tuomet, kai asmuo, kuriam skirta norma, yra teisiškai įpareigotas atlikti kelis poelgius, tačiau atlikdamas vieną poelgį, negali atlikti kitų, t.y. kad ir kaip toks asmuo elgtųsi, jis vis tiek pažeis dalį pareigų.

Jeigu susiduria pareiga atlikti poelgį su pareiga neveikti (kaip anksčiau pateiktu aštuntuoju atveju – reikalavimas gelbėti sunkiai sužeistą S ir draudimas pažeisti P, nenorinčio duoti kraujo, kūno neliečiamybę), tai galima vadovautis „būtinojo reikalingumo, kaip atsakomybę šalinančios aplinkybės“, taisyklėmis (plg. Nr. 297 ir toliau). Išsamiau apie tokiu atveju kylančias ir ginčytinas atribojimo problemas žr. *Hruschka*, pastabos JZ 84, 241; *Küper*, JuS 71, 474 ir 87, 81, taip pat Pflichtenkollision, S. 19, 29, 34).

Apie tikrą pareigų koliziją gali būti kalbama tik tada, kai visos teisinės pareigos galioja kartu. Tuo atveju, kai viena pareiga dėl jos subsidijarumo užleidžia vietą kitai pareigai, turime tik „tariamą koliziją“, nes iš tikrųjų egzistuoja tik „viena“ pareiga (plg. Nr. 739).

736 Pagal atleidžiančios nuo atsakomybės (pateisinančios) pareigų kolizijos principus kaltininkas nesielgia priešingai teisei tuomet, kai esant skirtingų lygių pareigoms jis vykdo svarbesnę pagal lygį pareigą, o esant lygiavertėms pareigoms – vieną iš pareigų. Priešingumas teisei čia paneigiamas todėl, kad asmuo, kuriam skiriama norma, atsižvelgdamas į esamas aplinkybes, negali vienu metu įvykdyti abiejų pareigų. Kaip buvo minėta, pirmenybė turi būti teikiama svarbesnei pareigai, o kai turima lygiaverčių pareigų kolizija, tai neteisėtumui pašalinti pakanka to, kad kaltininkas iš viso pagal savo galimybes vykdo kokią nors pareigą.

Kolizinių pareigų reikšmingumą lemia gėrio, kuriam yra iškilusi grėsmė, vertė (pvz., gyvybė, sveikata, turtas ir t.t.), teisinis asmens, kuriam skiriama norma, santykis su saugomu objektu (asmens, turinčio atitinkamai veikti, padėtis ar paprasta pareiga padėti), pavojaus artumas ir (daugiau ar mažiau) žalos atsiradimo tikimybė.

737 Pradinėje situacijoje I yra dviejų garantinių pareigų kolizija; A buvo kaip asmuo, turintis atitinkamai veikti, įpareigotas užkirsti kelią padarinių atsiradimui tiek B, tiek G atžvilgiu. Klaidinga būtų manyti, kad B gelbėjimui turėjo būti teikiama pirmenybė dėl to,

kad jam „visas gyvenimas dar priešakyje“, o G jau buvo pasiekusi senatvės slenkstį; baudžiamajai teisei kiekviena gyvybė yra absoliučiai lygiavertė. Susidūrus lygiavertėms pareigoms gelbėti teisėtvarka leidžia asmeniui, kuriam skirta norma, pasirinkti, kurią pareigą vykdyti; jis veikia teisėtai, o ne priešingai teisei, jei teikia pirmenybę ne vienai, o kitai pareigai (žr. *Blei*, AT §88 I 4 c; *Küper*, JuS 87, 81, 89 ir Pflichtenkollision, S. 25; LK-*Hirsch*, Nr. 71, 72 prieš §32; *Sch-Sch-Lenckner*, Nr. 73 prieš §32; kitaip mano *Jescheck*, AT §33 V, *Gallas*, Mezger-Festschr., S. 332, kuri paneigia tik kaltę). Taigi A negelbėdamas B nesielgia priešingai teisei.

IV. Tikrų neveikimu padarytų deliktų veikų sudėtis

738 Pradinėje situacijoje II 1 nėra jokių aplinkybių, kurios galėtų pagrįsti A kaip asmens, turinčio atitinkamai veikti, padėtį F atžvilgiu; paprastos draugystės bet kuriuo atveju nepakanka. Tačiau turi būti tikrinama §323 c numatyta veikos sudėtis.

Kai egzistuoja įstatyme išsamiau aprašyta „veikos sudėtį atitinkanti situacija“ (čia „nelaimės atvejis“ arba „bendras pavojus“), §323 c pagrindžia solidarumo principu pagrįstą bendrą pareigą padėti, kurią, siekdamas užkirsti kelią padarinių atsiradimui, kiekvienas privalo vykdyti pagal reikalingumą, galimumą ir individualius sugebėjimus. Įstatymų leidėjas, vengdamas pernelyg išplėsti šią pareigą, ir siekdamas, kad ji nebūtų uždedama ir visiškai pašaliniams asmenims, ją apriboja jau veikos sudėties lygmenyje, į ją įtraukdamas galimybės reikalauti tam tikro elgesio požymį (išsamiau žr. *Frellesen*, Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung, 1980, S. 219).

739 Įstatyminis reglamentavimas galimybę reikalauti tam tikro elgesio leidžia patvirtinti tik tada, kai suteikti pagalbą yra įmanoma „nepadarant esminės žalos sau pačiam ir nepažeidžiant kitų svarbių pareigų“.

Kadangi pareiga atitinkamai veikti bent jau tada yra „kita svarbi pareiga“ §323 c prasme, kai ji tarnauja išvengiant konkretaus pavojaus gyvybei, tai jai teiktina pirmenybė prieš iš §323 c kylančią bendrą pareigą padėti, kuri esant tokioms aplinkybėms net neturėtų atsirasti (*Sch-Sch-Lenckner*, Nr. 75 prieš §32; kitą nuomonę žr. SK-*Rudolphi*, Nr. 29 prieš §13). Pradinėje situacijoje II 1 tarp B ir F buvo tik „tariama pareigų kolizija“; iš tikrųjų egzistavo tik viena A pareiga veikti, būtent – pareiga atitinkamai veikti B atžvilgiu. Kadangi A vykdė šią gelbėjimo pareigą, tai jo neveikimas F atžvilgiu nuo pat pradžių negali reikšti §323 c numatytos veikos sudėties realizavimo.

V. Priešingo pareigoms neveikimo smerkimas

740 Pradinėje situacijoje II 2 A priešingu pareigoms neveikimu B atžvilgiu įvykdė §212 numatytą veikos sudėtį. Atleidžiančios nuo atsakomybės (pateisinančios) pareigų kolizijos nebuvo.

741 1. Kodėl A gelbėjo F, o ne B, nėra aišku.

Galima numanyti, kad A klaidingai suvokė teisinę pareigą veikti, pavyzdžiui, manė, kad konkrečioje situacijoje jis gali laisvai pasirinkti, ką gelbėti – B ar F.

Jeigu neveikiantysis, žinodamas visas aplinkybes, pagrindžiančias jo, kaip asmens, turinčio atitinkamai veikti, padėtį, vis dėlto mano, kad jis gali neatlikti teisiškai reikalaujamo poelgio, tai tokiu atveju jis klysta dėl įpareigojimo (= klaida dėl pareigos atitinkamai veikti). Tokioje situacijoje turi būti vadovaujamasi tokiomis pat taisyklėmis kaip ir klaidos dėl draudimo įvykdant veikimu padaromą deliktą atvejais (BGHSt GrS 16, 155).

Tačiau klaidos atvejais kaltės pašalinimo klausimas čia turi būti sprendžiamas greičiau negu tada, kai teisinis gėris pažeidžiamas aktyviais veiksmais (BGHSt 19, 295, 299; *Jescheck*, AT §60 I 3). Šitai darant turi būti atsižvelgiama į tai, kokio poelgio įstatymas reikalauja, kokioms konkrečioms aplinkybėms egzistuojant tai vyksta ir kas yra įpareigotas įvykdyti poelgį. Tuo atveju, kai sprendimas dėl poelgio turi būti skubiai priimtas neįprastoje būtinojo reikalingumo situacijoje ir gyvybė yra priešpriešinama gyvybei, manymas, jog nė vienam gelbėjimo poelgiui neturi būti teikiama pirmenybė, gali būti vertinamas kaip kaltę pašalinanti (ar bent jau sumažinti) klaida dėl įpareigojimo.

742 2. Taip pat galima galvoti, kad A, nors ir suvokė savo pareigą užkirsti kelią padariniams B atžvilgiu atsirasti, bet F gelbėti apsisprendė todėl, kad jam ji (pavyzdžiui, atsižvelgiant į galimybę vėliau sudaryti santuoką) žmogiškai buvo labai artima.

Tokiu atveju A būtų buvęs panašioje į būtinąjį reikalingumą konfliktinėje padėtyje ir gelbėdamas B būtų ignoravęs savo reikšmingus interesus. Kadangi jo neveikimo B atžvilgiu neteisėtumo ir kaltės turinys, sprendžiant apie motyvus, būtų buvęs pašalintas dėl to, kad jis išgelbėjo kito žmogaus gyvybę, tai teisėtvarka darytų nuolaidą ir remdamasi negalimumu reikalauti iš A normas atitinkančio elgesio turėtų atsisakyti pareikšti jam kaltinimą (plg. BGHS NStZ 84, 164; RGSt 58, 97, 77, 125; *Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 59, 66 ir toliau; *Jescheck*, AT §59 VIII 3; *Küper*, Pflichtenkollision, S. 86,96).

Tokio sprendimo argumentas yra ir kaltę pašalinančio būtinojo reikalingumo išplėtimas kaltininkui „artimųjų asmenų“ atžvilgiu §35 prasme.

VI. Pasikėsinimas tyčinio neveikimo atveju

743 Už pasikėsinimą įvykdyti tikrus neveikimu padaromus deliktus BK tik atskirais atvejais numato baudžiamąją atsakomybę (plg. §283 III ryšys su §283 I Nr. 5 pirma alternatyva ir Nr. 7 b). Pasikėsinimas neveikti šiais atvejais turimas tuomet, kai apsisprendimas nieko nedaryti yra pakankamai aiškiai išreiškiamas išoriniais poelgiais (išsamiau žr. LK-*Tiedemann* §283, Nr. 195; *Sch-Sch-Eser*, §22, Nr. 53). Tačiau praktinę reikšmę patraukimas baudžiamojon atsakomybėn už pasikėsinimą paprastai turi tik toliau aptariamų netikrų neveikimu padaromų deliktų įvykdymo atvejais.

744 1. Principai, išplėtoti veikimu padaromų deliktų pasikėsinimo pradėjimui (plg. Nr. 597), pagal prasmę gali būti taikomi ir netikriems neveikimu padaromiems deliktams (išsamiau žr. BGHSt 38, 356; BGH NJW 95, 204). Esminę reikšmę atsakant į klausimą, kada kaltininkas apsisprendęs neveikimu padaryti veiką „tiesiogiai pradeda vykdyti įstatyminę veikos sudėtį", turi pareigą konkrečiai pavojaus situacijai atitinkamai veikti pažeidimo pradžią. Teisės mokslas iš dalies vadovaujasi tuo, kad tai yra tada, kai praleidžiama pirma galimybė gelbėti (žr. *Herzberg*, MDR 73, 89; *Schröder*, JuS 62, 81), iš dalies tuo, kad tai yra tada, kai neišnaudojamas paskutinis šansas išgelbėti (žr. *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte, S. 210 ir toliau; *Welzel*, Lb S. 221). Teisingas būtų toks diferencijavimas: tuo atveju, kai saugomas objektas asmens, turinčio atitinkamai veikti, manymu jau yra tiesiogiai patekęs į pavojų ir greitai gali atsirasti veikos sudėties padarinių, tai įstatymas reikalauja, kad pareiga gelbėti būtų vykdoma tuoj pat. Pasikėsinimas tokioje situacijoje turimas tuomet, kai asmuo, turintis atitinkamai veikti, vadovaudamasis savo apsisprendimu padaryti veiką, praleidžia pirmą galimybę padaryti poelgį, užkertantį kelią padarinių atsiradimui.

Jeigu, pavyzdžiui, vaikas įkrinta į vandenį, tai asmuo, privalantis šiuo atveju atitinkamai veikti, turi veikti tuoj pat. Esant atitinkamai tyčiai pagal §212, 22 turimas pasikėsinimas, jei pirma galimybė išgelbėti (pvz., pagriebti ištiestą vaiko ranką) neišnaudojama, nors išgelbėjimas gali būti įmanomas ir vėliau, panaudojant kitą būdą (pvz., numetant gelbėjimo ratą ar panaudojant gelbėjimo valtį), plg. *Sch-Sch-Eser*, 22, Nr. 50, 51.

745 Tuo atveju, kai pavojus dar toli ir padarinių greitai negali atsirasti, pasikėsinimas prasideda tada, kai pavojus pasiekia grėsmingą stadiją, o asmuo, turintis atitinkamai veikti, ir toliau nieko nesiima, arba kai asmuo, turintis atitinkamai veikti, iš savo rankų išleidžia galimybę išgelbėti ir leidžia įvykiams vykti laisvai.

Jeigu, pavyzdžiui, geležinkelio ruožo prižiūrėtojas suranda iki sąmonės netekimo prisigėrusį ir ant bėgių, kuriais važinėja greitieji traukiniai, gulintį savo brolį B, žinodamas, kad pirmas traukinys važiuos tik po valandos, tai S delsimas gelbėti B dar nereiškia pasikėsinimo neveikimu jį nužudyti tol, kol B situacija nepablogėja ir nepadidėja rizika padariniams atsirasti. Tačiau tai, kad pasikėsinimas buvo, turi būti patvirtinta, jei S ir tada, kai jau greitai atvyks traukinys, nesiima jokių gelbėjimo priemonių, arba jei S (nesvarbu, kokiu momentu) pasitraukia iš pavojaus vietos neketindamas ten grįžti laiku ir taip B ateitį palieka nuspręsti likimui (išsamiau žr. *Roxin*, JuS 79, 1, 12; SK-*Rudolphi*, Nr. 49 ir toliau prieš §13; kritiką žr. LK-*Vogler*, §22, Nr. 113 ir toliau; *Otto*, JA 80, 641, 645).

Jeigu motina leidžia savo mažam vaikui badauti, tai pasikėsinimas nužudyti vėliausiai prasideda tada, kai tolesnis badavimas esmingai ima kenkti vaiko sveikatai, t.y. įgauna teisinį gėrį žalojantį pobūdį. Bet jau ir anksčiau gali būti patvirtintas pasikėsinimas, jei motina be atitinkamo rūpinimosi palieka vaiką likimo valiai (apie tai žr.: BGHSt 38, 356; BGH NJW 95, 204; *Roxin*, Maurach-Festschr., S. 213, 231; *Vogel*, MDR 95, 337; *Womelsdorf*. Zur Problematik des Versuchs beim unechten Unterlassungsdelikt, Diss. Münster, 1976, S. 52, 94 ir toliau).

746 2. §24 nustatytas atsisakymo baigti nusikalstamą veiką reguliavimas pasikėsinimo esant neveikimui atžvilgiu taip pat gali būti taikomas tik pagal prasmę.

747 a) Nebaigtas pasikėsinimas yra iki tol, kol, kaltininko manymu, veikos sudėties padariniams atsirasti įmanoma užkirsti kelią elgiantis taip, kaip buvo privaloma jau anksčiau.

Vadinasi, paskutiniame pavyzdyje iki tol, kol, motinos manymu, pradėjus vaiką normaliai maitinti, dar bus galima išsaugoti jo gyvybę.

748 b) Ir priešingai, baigtas pasikėsinimas yra tuomet, kai, kaltininko manymu, veikos sudėties padariniams išvengti nepakanka vien pasielgti, kaip buvo privaloma anksčiau, o tam būtina imtis ir kitų priemonių.

Paskutiniame pavyzdyje pasikėsinimas bus baigtas, kai motina ims galvoti, kad išgelbėti jėgų netekusį vaiką vien normaliu maitinimu nepakaks, o išgelbėti jį įmanoma tik su gydytojų pagalba (dirbtiniu maitinimu ligoninėje ir t.t.).

749 Dalis teisės mokslininkų mano, kad nebaigto ir baigto pasikėsinimo esant neveikimui atribojimas nėra reikalingas, nes atsisakymas baigti daryti deliktą netikrų neveikimu padaromų deliktų atvejais visada turi pasireikšti padariniams kelią užkertančiu veikimu (*Herzberg*, MDR 73, 89, 93; *Jakobs*, AT 29/116; *Roxin*, Maurach-Festschr., S. 232 nuoroda 54; *Schmidhäuser*, AT 13/33; SK-*Rudolphi*, Nr. 56 prieš §13; *Womelsdorf*, min. veik., S. 177; priešingai mano *Blei*, AT §86 III 3; *Jescheck*, AT §60 II 3; LK-*Vogler*, §24, Nr. 40; *Maurach-Gössel*, AT §40, Nr. 106; *Sch-Sch-Eser*, §24, Nr. 27-30; *Wolter*, Zurechnung, S. 100, 259).

V DALIS

MOKYMAS APIE KONKURENCIJĄ

§17. BAUDŽIAMŲJŲ VEIKŲ SUTAPTIS IR DAUGETAS

750 Septynioliktasis atvejis. Po šokių A ir B į A automobilį įsivilioja devyniolikmetes seseris dvynukes Lilli (L) ir Zilli (Z), pažadėdami jas artimiausiu keliu parvežti namo. Vykdydami anksčiau iki smulkmenų apgalvotą veikos planą ir panaudodami jėgą bei smūgius, jie pagrobia ir nusiveža merginas į J priklausantį medžioklės namelį, į kurį įsibrauna panaudodami padirbtą raktą, parūpintą C. Atidarę duris A ir B pirmiausiai pasiima ginklų spintoje rastus ginklus. Vėliau grasindami nušauti (nors iš tikrųjų jų ginklai neužtaisyti), priverčia merginas nusirengti, o per naktį ir kelis kartus lytiškai santykiauti. Palikdami medžioklės namelį, A ir B pasiima ginklus ir kitus ten rastus daiktus. Ginklus jie atiduoda C už atlyginimą, sutartą prieš veiką; kitus daiktus parduoda patikliam prekiautojui K. Gautus pinigus jie pasidalija (situacijos aprašymas pagal Federalinio teismo sprendimą; BGHSt 18, 26).

Kaip turi būti sprendžiami padarytų baudžiamųjų veikų konkurencijos klausimai?

I. Mokslo apie konkurenciją pagrindai

751 A ir B elgesį galima suskaidyti į skirtingas veikas. Tai darant kyla įtarimas dėl daugelio įstatyme įtvirtintų baudžiamųjų veikų sudėčių įvykdymo:

a) susitarimas dėl nusikaltimo įvykdymo: §30 II, 177.

b) pagrobimo epizodas: §237, 239 I, 239 b I, 240, 223/223 a, 241 I, 178 I, 177 I, 185, 123, 25 II;

c) pasisavinimo epizodas: §242/243 I Nr. 1 ir 7, §123, 25 II (dėl §244 I Nr. 2 šiuo atveju subjektyviu požiūriu nepateikiama pakankamai informacijos);

d) vagystės grobio panaudojimas: §246, 263, 25 II.

Todėl kyla klausimas, koks santykis tarp šių įstatymo pažeidimų, kiek baudžiamųjų veikų yra padaryta ir kokiais principais vadovaujantis priimant nuosprendį turi būti nustatomos sankcijos. Taip keliami klausimai parodo, kad mokymas apie konkurenciją sistemiškai užima vietą tarp mokymo apie baudžiamąją veiką ir mokymo apie neteisėtumo padarinius.

752 BK §52-55 paremti mintimi, kad jei būtų sudėtos visos laisvės atėmimo bausmės už kelis įstatymo pažeidimus, tai viršytų kaltininko kaltę. Norint išvengti tokio laisvės bausmių suvokimo, įstatyme veikų sutapties (§52) ir veikų daugeto (§53) formomis pateikiami skirtingi metodai, leidžiantys parinkti kaltininkui palankesnę kombinaciją. Įstatymo pažeidimų, kurie suprantami kaip veikų sutaptis, įvykdymo atvejais iš principo yra skiriama viena bausmė, kurios dydis yra nustatomas pagal įstatymą, numatantį griežčiausią sankciją (§52 I, II). Tokiu atveju, kai svarstomi įstatymo pažeidimai yra vertinami kaip veikų daugetas, įstatymas mano, kad kaltininko kaltė yra didesnė ir todėl numato, kad gali būti taikomos visos atitinkamos sankcijos. Tai turi būti daroma prisilaikant tokios tvarkos: iš visų galimų bausmių (pagal ypatingas taisykles) turi būti suformuojama subendrinta bausmė, kuri gali būti griežtesnė negu griežčiausia atskira tam tikros rūšies bausmė, bet neturi pasiekti atskirų bausmių sumos (§53, 54; žr. BGH StrVert 94, 424).

753 Įstatyminio reguliavimo (§52, 53) esmę sudaro poelgių sutapties ir poelgio daugeto atribojimas.

Jeigu tuo pačiu poelgiu pažeidžiami keli baudžiamieji įstatymai arba tas pats baudžiamasis įstatymas yra pažeidžiamas kelis kartus, tai turime idealiąją konkurenciją (= veikų sutaptis), §52 I.

Ir priešingai, keli savarankiški poelgiai, kelis kartus pažeidžiantys įstatymą, sukelia realiąją konkurenciją (= veikų daugetas), §53-55.

Tačiau abi šios taisyklės galioja tik tais atvejais, kai konkurencija yra „tikra", o ne „netikra" (= tariama) (plg. Nr. 787, 793).

Poelgių sutapties ir poelgių daugeto sąvokos nėra identiškos veikų sutapčiai (= idealiajai konkurencijai) ir veikų daugetui (= realiajai konkurencijai), o tik sudaro prielaidas pastarosioms ir yra jų atramos taškas (žr. Nr. 841).

754 Reformuodamas baudžiamąją teisę, įstatymų leidėjas nusprendė išlaikyti anksčiau minėtą, diferencijavimo principu paremtą konkurencijos reglamentavimą (plg. 1962 m. projekto pagrindą, S. 189 ir toliau, taip pat specialios komisijos baudžiamosios teisės reformai 1969-04-23 pranešimą, BT/Drucks. V/4094, S. 25). Austrijoje (BK §28 I), Šveicarijoje (BK 68 str.) ir Vokietijos jaunimo baudžiamojoje teisėje galioja skirtingai formuluojamas bausmės pagal nusikaltimų sutaptį principas, pagal kurį net ir padarius kelias savarankiškas baudžiamąsias veikas turi būti skiriama vieninga bausmė. Alternatyvaus projekto §64 taip pat buvo pasisakoma už bausmės pagal nusikaltimų sutaptį principo įvedimą ir siūloma už kelis įstatymo pažeidimus skiriamą bausmę atitinkamai padidinti. Bausmės pagal nusikaltimų sutaptį privalumas yra tas, kad ją kur kas paprasčiau taikyti praktiškai, jos trūkumas (be įstatyminių ir techninių perstūmimo problemų) yra tam tikrais atvejais nevienodų dalykų vienodas įvertinimas bei sumarinio bausmės dydžio nustatymo įvedimas.

755 Vieningos mokymo apie konkurenciją sampratos susiformavimą sunkina priešingų viena kitai mokslinių nuomonių egzistavimas bei tai, kad nesama vieningos terminijos.

Išsamiau žr. *Abels*, Die „Klarstellungsfunktion" der Idealkonkurrenz, 1991; *Geerds*, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961; *Jescheck*, Die Konkurenz, ZStW 67, 529; *Maiwald*, Die natürliche Handlungseinheit, 1964; *Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979; tas pats, Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkur-

renz, GA 1982, 143; *Schmidhäuser*, Über die strafrechtliche Konkurrenzlehre, 140 Jahre GA, 1993, S. 191; *R.Schmitt*, Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW 75, 43, 179; *Struensee*, Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten, 1971; *Vogler*, Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit, Bockelmann-Festschr., S 715; *Werle*, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, 1981; *Wilhelm*, Die Konkurrenz zwischen Begehungs-und Unterlassungsdelikten, Diss. Münster, 1992. Apibendrina *Geppert*, Jura 82, 358, 418; *Mitsch*, JuS 93, 385.

756 Būtina atkreipti dėmesį į tai, kad materialinė veikos sąvoka, numatyta BK §52, 53, nesutampa su procesine bei konstitucine veikos sąvoka BPK §154, 264 bei Konstitucijos 103 straipsnio III dalies prasme; paskutinioji šalia faktinio įvykio, kaip jis aprašomas kaltinime, apima ir visą kaltinamojo elgesį tiek, kiek jis atrodo kaip vieningas gyvenimo aktas (plg. BGHSt 29, 288; 32, 215; 35, 14 ir 60; 36, 151; BGH NStZ 95, 46; *Marxen*, StrVert 85, 472; *Schlüchter*, JZ 91, 1057).

Veikų sutaptis BK §52 prasme dažniausiai garantuoja, nors ir nebūtinai, veikų identiškumą Konstitucijos 103 str. III dalies prasme, nes BK nuostatos apie konkurenciją tarnauja kitiems tikslams negu Konstitucijos 103 straipsnio III dalis, kurios uždavinys – nustatyti materialaus teisinio galiojimo ribas ir padaryti negalimu nubaudimą dukart už tą pačią veiką, t.y. už tą pačią individualizuojamą situaciją (žr. BVerfGE 56, 22). Kelios realiai §53 prasme konkuruojančios veikos gali būti laikomos viena veika BPK §264 ir Konstitucijos 103 str. III dalies prasme tik tada, kai jos taip tiesiogiai viena su kita susijusios, jog nė viena iš jų negali būti protingai atskirai tiriama ir atskiras vertinimas bei nuteisimas atrodytų nenatūralus vieningo gyvenimiško akto suskaldymas. Vidinis ryšys turi tiesiogiai pasireikšti pačiais poelgiais ir įvykiais. Šis ryšys neatsiranda dėl to, kad kaltininkas visas atitinkamas veikas yra įtraukęs į bendrą savo planą, ar dėl to, kad tarp veikų yra asmeninis ryšys. Jeigu, pavyzdžiui, auka vengia apmokėti apgaulingai išduotą čekį ir kaltininkas po to bando gauti norimą sumą prievartaudamas ir tam naudodamas smurtą, tai apgaulė ir su ja realiai konkuruojantis pasikėsinimas padaryti smurtinį prievartavimą nebus vieninga veika BPK §264 prasme, nes nepavykus apgaulei susidaro nauja situacija ir vėlesnė veikos eiga gerokai nutolsta nuo ankstesnio įvykio (plačiau žr. BGH NStZ 83, 87 ir BGHSt 36, 151; kritiką žr. *Neuhaus*, pastabos NStZ 93, 202).

II. Poelgių sutaptis ir poelgių daugetas

757 Baudžiamosios teisės požiūriu, reikšmingas elgesys susideda iš kelių atskirų fizinių aktų, kurie kartu sudaro tam tikrą prasminį socialinį vienetą. Šis teisiškai socialiai prasminis ryšys lemia, kurie išoriškai atskiriami vieno įvykio aktai turi būti vertinami kaip poelgių sutaptis ar kaip poelgių daugetas.

758 1. Vieną poelgį natūralia prasme turime tada, kai vienas apsisprendimas padaryti poelgį realizuojamas „vienu" valios aktu (BGHSt 1, 20; 6, 81). Tokio poelgio padarymas ir teisiškai reiškia „vieną" poelgį.

Pavyzdžiui, įmetantis sprogmenį į patalpą, kurioje susirinkę žmonės, padaro „vieną" poelgį, nors dėl jo ir gali atsirasti daug neteisėtų padarinių bei gali būti realizuotos kelios baudžiamosios veikos (= žmonių nužudymas ir kūno sužalojimas, daiktų sugadinimas,

§211/212, 223 ir toliau, 303, 311). Netgi nepaisant labai asmeninės sužaloto teisinio gėrio prigimties, vis tiek tokiu atveju poelgis turi būti vertinamas kaip vieninga veika (BGHSt 1, 20; 2, 246; 6, 81; BGH NJW 83, 1745).

Ir priešingai, iššaunantis kelis šūvius į kelis asmenis, padaro kelis valios aktus, kartu ir kelis poelgius „natūralia prasme" (tai ir nesuvokta Federalinio teismo sprendime (BGH JZ 85, 250 ir NStZ 85, 217), kuriame šis teismas „natūralios poelgių sutapties" teisinę figūrą klaidingai sutapatino su poelgiu natūralia prasme; prieštarauja *Maiwald*, pastabos JR 85, 513).

Jeigu pagalba įvykdyti baudžiamąją veiką yra padaryta vienu veiksmu ar neveikimu, tai ji ir tada, kai pagrindinis vykdytojas padaro kelias teisiškai savarankiškas baudžiamąsias veikas, turi būti vertinama kaip viena vieninga veika.

759 2. Vieną poelgį teisine prasme turime ir tada, kai įstatyminė veikos sudėtis į vieną teisinį socialinį vertinimo vienetą sujungia kelis natūralius valios aktus (= poelgių sutaptis veikos sudėtyje).

760 a) Pirmiausia taip yra tuomet, kai, įvykdant baudžiamosios veikos sudėties minimalias prielaidas, gali būti arba turi būti padaromi keli atskiri aktai; ypač tai pasakytina apie deliktus, susidedančius iš kelių veiksmų ir apie sudėtingas deliktų veikos sudėtis.

Pradiniu atveju §237 be pagrobimo poelgio reikalaujama pripažinti ir moters „dėl šio pagrobimo esančios bejėgiškoje padėtyje išnaudojimą nesantuokiniams seksualiniams veiksmams"; šis bendras įvykis teisiškai yra vertinamas kaip „vienas" poelgis. Lygiai taip pat ir išžaginimo (§177) atveju smurto panaudojimas ar pavojingas grasinimas ir lytinis santykiavimas reiškia veikos sudėties poelgių sutaptį.

761 b) Taip pat trunkantieji deliktai (plg. Nr. 32) pagrindžia veikos sudėčiai įvykdyti reikalingų poelgių vienybę.

Trunkančiųjų deliktų, pavyzdžiui, neteisėto asmens pagrobimo (§237), neteisėto laisvės atėmimo (§239) ar būsto neliečiamybės pažeidimo (§123) atvejais visi veikos aktai, kuriais sukeliama ar išlaikoma priešinga teisei būsena, yra tik sudedamosios „vieno" poelgio dalys.

762 c) Jei įvykdžius netikrus neveikimu padaromus deliktus veikos sudėties padariniai atsirado tik vieną kartą, tai nepaisant to, kad galimybė pagelbėti nebuvo išnaudota daug kartų, teisine prasme turimas tik „vienas" neveikimas. Ir priešingai, jei asmuo, turintis atitinkamai veikti, neveikimu neišvengė kelių padarinių atsiradimo, tai svarbu yra tai, ar jis kartu (t.y. „vienu" tam tikru veikimu) galėjo užkirsti kelią visiems padariniams, ar kiekvienam padariniui reikėjo atskiro poelgio.

Pirmuoju atveju turime „vieną" neveikimą (taip, pavyzdžiui, yra, kai greitasis traukinys pervažiuoja būrį darbininkų todėl, kad ruožo prižiūrėtojas pamiršo įjungti įspėjamąjį signalą; plg. BGHSt 37, 106, 134). Antruoju atveju turime „kelis" neveikimus.

Tas pat pasakytina apie tikrus neveikimu padaromus deliktus, kai pažeidžiamos kelios pareigos atitinkamai elgtis (išsamiau žr. RGSt 76, 140; BGHSt 18, 376; *Jescheck*, AT §66 IV; LK-*Vogler*, Nr. 40, 41 prieš §52).

763 3. Keli vienarūšiai veikos aktai tuomet sudaro vieningą poelgį, kai jie yra paremti vieningu valingu apsisprendimu (BGH JZ 77, 609) ir to paties įvykio ribose, sekdami vienas po kito, laipsniškai ar pakartotinai įvykdo tą pačią baudžiamosios veikos sudėtį (įskaičiuojant ir tuos atvejus, kai yra kvalifikuotos ar privilegijuotos veikos sudėtys), t.y. tam tikroje veikos situacijoje sukelia ir kiekybinį vieningo neteisėtumo padidėjimą.

Taip, pavyzdžiui, pradiniu atveju yra, kai A, tempdamas L į medžioklės trobelę ir norėdamas įveikti jos pasipriešinimą, jai kelis kartus suduoda, arba kai A ir B, palikdami medžioklės trobelę, pasisavina kelis daiktus (šautuvus, kitus vertingus daiktus). Šiais atvejais teisinio gėrio savininko atžvilgiu buvo daroma viena vieninga veika (vienas L kūno sužalojimas, viena J turto vagystė, plg. RGSt 70, 26; BGHSt 1, 168, 170; 4, 219; 10, 230).

764 4. Tokiais atvejais, kai yra vieninga baudžiamoji veika, kuria įstatymas buvo pažeistas tik vieną kartą, teismų praktika naudoja „natūralios poelgių sutapties" sąvoką, tačiau ją išplečia ir toms situacijoms, kai keliais skirtingais aktais yra įvykdomos skirtingos rūšies baudžiamųjų veikų sudėtys ir padaromi keli įstatymo pažeidimai, ir taip dirbtinai pagrindžia idealiosios, o ne realiosios konkurencijos buvimą. Taigi natūraliai poelgių sutapčiai patvirtinti turi pakakti to, kad keli elgesio būdai yra pagrįsti vieninga valia ir dėl erdvės bei laiko glaustumo šie elgesio aktai yra taip vienas su kitu susiję, jog visa veikla objektyviai natūraliai vertinant net ir pašaliniam asmeniui atrodo kaip vienas, vieningas, neatskiriamas veikimas (BGHSt 10, 230; BGH JZ 77, 609; JR 85, 512; NStZ 95, 46).

765 Tačiau ši formulė, tinkanti tik labai skirtingiems įvykių atvejams, nepateikia pakankamai garantuotų atribojimo kriterijų ir kelia savavaliavimo praktikoje pavojų. Bet kuriuo atveju turi kilti abejonių, kai Federalinis teismas (VRS 66, 20; 57, 277) mano, kad vieninga kaltininko valia pabėgti yra pakankama norint susieti į „natūralią poelgių sutaptį" dalykiškai vienas nuo kito labai tolimus valios aktus (tokius, kai pavojingai sužalojamas kūnas, pasipriešinama bausmės vykdymo įstaigos pareigūnams, pavojingai elgiamasi kelyje ir neleistinai pasišalinama iš eismo įvykio vietos). Išsamiau apie tokios prieštaravimų kupinos teismų praktikos kritiką žr. *Warda*, Oehler-Festschr., S. 241; žr. *Jescheck*, AT §66 III 3; *Kindhäuser*, JuS 85, 100; *Sch-Sch-Stree*, Nr. 22 ir toliau prieš §52; *Wolter*, StrVert 86, 315.

766 Todėl pradiniu atveju apsisprendimo padaryti veiką „vieningumo" jokiu būdu nepakaktų norint pagrįsti ginklų vagystės ir išžaginimo veikų sutaptį. Veiksmų darymas vienu metu dar nereiškia šių veiksmų „vieningumo" teisine prasme (plg. BGH JZ 83, 907; VRS 36, 354; *Maiwald*, NJW 78, 300). Būtina atkreipti dėmesį ir į tai, kad keli valingi aktai, kuriais pažeidžiami labai asmeniški teisiniai gėriai (pvz., gyvybė ar kūno neliečiamybė), priklausantys keliems asmenims, tik išimtiniais atvejais gali būti sujungti į natūralią poelgių sutaptį (BGH StrVert 94, 537; JZ 85, 250 ir NStZ 85, 217, atmetančias pastabas žr. *Maiwald*, JR 85, 513).

767 Pripažinti klasikiniai natūralios poelgių sutapties pavyzdžiai yra sukcesyvinis (= daromas laipsniškai) ir iteracinis (= pasikartojantis) veikos sudėties įvykdymas.

Sukcesyvinis vykdymas yra tais atvejais, kai, pavyzdžiui, A ginčo metu, norėdamas tyčia nužudyti, partrenkia B, paskui jį smaugia iki sąmonės netekimo, kelis kartus spiria ir pagaliau užmuša grindinio plyta. Čia vieningai ir valingai apsisprendus vienas po kito daromi keli veiksmai, kuriais tiesiogiai pratęsiamas anksčiau pradėtas pasikėsinimas į B gyvybę, todėl turimas tik vienas laipsniškai padarytas įstatyminio draudimo žudyti pažeidimas (plg. BGH NStZ 90, 490).

Iteraciškai veikos sudėtis būtų įvykdyta tuo atveju, jei kas nors, naktį įsiskverbęs į svetimą namą, pavogtų pinigus, papuošalus, paveikslus, rytietiškus kilimus bei kitus vertingus daiktus ir juos per kelis kartus nuneštų į netoliese pastatytą automobilį. Nors tokioje situacijoje ir kiekvienu atskiru aktu yra įvykdyta §242 numatyta veikos sudėtis, tačiau natūraliai vertinant šiame vieningame gyvenimiškame įvykyje yra įžvelgiamas tik „vienas" įstatymo pažeidimas, kurio neteisėti padariniai kiekybiškai yra didesni.

768 Sprendžiant baudžiamosios teisės pratybų užduotis apie natūralią poelgių sutaptį, tikslingas ir rekomenduotinas būtų toks sprendimo būdas:

Tos pačios baudžiamosios veikos sukcesyvinio bei iteracinio įvykdymo atvejais, atskiri veiksmai gali būti aptariami bendrai jau tikrinant elgesio ir veikos sudėties atitikimą, t.y. veikos sudėties lygyje.

Tas, kuris natūralios poelgių sutapties sąvoką taip išplečia, kaip tai yra daroma teismų praktikoje, atskirus veiksmus, kuriais įvykdomos skirtingos rūšies baudžiamųjų veikų sudėtys, į „poelgių sutaptį" anksčiausiai gali sujungti konkurencijos lygmenyje (plačiau žr. F.C.*Schroeder*, Jura 80, 240).

769 5. Tęstinis poelgis yra ypatinga teisinė poelgių sutapties pasireiškimo forma.

Šią teisinę sampratą sukūrė teismų praktika, kad apribotų realiosios konkurencijos (§53) taikymo sritį tais atvejais, kai daugeliu tokių pačių poelgių vis iš naujo yra realizuojama ta pati veikos sudėtis (plg. RGSt 70, 243; BGHSt 5, 136; 19, 323). Tačiau ši teisinė samprata neturi aiškaus įstatyminio pagrindo ir jos turinio nustatymas buvo susijęs su esminiais taikymo sunkumais bei trūkumais, todėl Federalinis teismas 1994-05-03 Didžiojo baudžiamųjų bylų senato sprendimu (BGHSt 40, 138) smarkiai apribojo jos taikymo ribas (išsamiau žr. Nr. 773).

770 Anksčiau veika buvo vertinama kaip tęstinė tada, kai daugelio poelgių atskiri veiksmai buvo nukreipti prieš tą patį teisinį gėrį, šių aktų įvykdymo būdas buvo vienodas ir visi jie buvo paremti „bendra tyčia", kuri turėjo apimti pagrindinius veikos bruožus: laiką, vietą, padarymo būdą ir nukentėjusįjį (BGHSt 19, 323; 23, 33; 26, 4; 36, 105).

Tačiau šios „bendros tyčios" turinys ir ribos daugeliu atžvilgių buvo neaiškios, nes Federalinio teismo senatai konkrečiais atvejais (pvz., seksualiniams deliktams, narkotikų prekybai ir deliktams mokesčių srityje) nuolat atrasdavo vis naujų ypatybių, dėl kurių niekaip nebuvo galima pasiekti vienybės; plg. Federalinio teismo išankstines nutartis (BGH NStZ 93, 434 ir 585). Buvo tik aišku, kad bendro apsisprendimo ir ateityje daryti tokias pat baudžiamąsias veikas, nepakanka minėtai bendrai tyčiai patvirtinti (plg. BGHSt 37, 45; BGH NJW 83, 2827; NStZ 92, 436).

771 Priešingai teismų praktikai, dalis teisės mokslininkų teigė, kad vietoj bendros tyčios pakanka „tyčios tęsti veiką". Ši tyčia turima tuomet, kai vėlesnis apsisprendimas daryti veiką

yra ankstesnio apsisprendimo tęsinys ir tai parodo, jog tarp atskirų apsisprendimų esama „nenutrūkstamos psichinės linijos" (plg. *Maurach-Gössel*, AT §54, Nr. 78; *Sch-Sch-Stree*, Nr. 52 prieš §52; SK-*Samson*, Nr. 44 prieš §52). Tačiau su tuo susijęs tęstinumo išplėtimas buvo vertinamas kaip abejotinas kriminalinės politikos požiūriu, ir vyraujanti nuomonė tam nepritarė.

772 Anksčiau, remiantis tuo, kad atskiri tęstinės veikos veiksmai buvo suprantami kaip poelgių sutaptis, buvo daromos toli siekiančios išvados: jeigu nors vienas iš tokių veiksmų buvo padaromas kvalifikuotai, tai visa veika buvo vertinama kaip padaryta esant kvalifikuojančioms aplinkybėms (RGSt 67, 138). Jeigu dalis veiksmų buvo tik pasikėsinimas, o dalis – baigti, tai visa tęstinė veika buvo laikoma baigta (BGH NJW 57, 1288); tačiau klausimas dėl idealiosios konkurencijos kildavo tada, kai baigta būdavo tik lengvesnė delikto forma, o kvalifikuotą deliktą būdavo tik pasikėsinta padaryti (*Jescheck*, AT §66 V 3). Pažeidus labai asmeninius teisinius gėrius tęstinumo ryšio buvimas buvo paneigiamas, jei atskiri veiksmai būdavo nukreipti į skirtingus teisinius gėrius (BGHSt 16, 397; 26, 24; BGH NJW 87, 509). Tęstinė veika yra padaryta atlikus pirmą veiksmą, bet tik baigus paskutinį veiksmą; tai esmingai svarbu skaičiuojant senaties terminus (plg. §78 a ir BGHSt 27, 18; 36, 105, 116). Baudžiamasis nuosprendis galioja visiems prieš nuosprendžio paskelbimą padarytiems atskiriems veiksmams, nepriklausomai nuo to, ar teismas apie juos žinojo, ar galėjo žinoti (BGHSt 6, 92; 15, 268 BGH JZ 86, 44).

773 Nors Federalinio teismo Didžiojo baudžiamųjų bylų senato sprendimu (BGHSt GrS 40, 138) ir nebuvo visiškai atsisakyta tęstinio poelgio teisinės sampratos, tačiau ji tapo nereikšminga. Daugelio elgesio aktų, iš kurių kiekvienas įvykdo baudžiamosios veikos sudėtis, sujungimas į vieną tęstinį poelgį dabar yra galimas tik tuomet, kai tai būtina norint teisingai suvokti įvykdytą neteisėtumą ir kaltę. Ši sąlyga gali būti išpildyta tuo atveju, jei baudžiamųjų veikų sudėtys yra vienodos.

To negalima pasakyti apie §173, 174, 176, 263, o kartais ir apie §242, 246, 266, kaip ir apie §332 (BGH StrVert 95, 84) santykį su įstatymo dėl svaiginamųjų medžiagų §29 I Nr. 1, 29 a I (BGH StrVert 94, 479) bei mokesčių slėpimą (BGHSt 40, 195).

Šį teismų praktiką ribojantį pakeitimą Didysis baudžiamųjų bylų senatas be kitų argumentų grindė taip: „Esminės abejonės, likusios dėl vien „teisėjų teisėje" išplėtotos „tęstinės veikos" teisinės sampratos, reikalauja naujai apmąstyti šios sampratos materialinius galiojimo pagrindus. Įstatyminė baudžiamosios teisės sistema orientuojasi į atskiras, teisiškai savarankiškas baudžiamąsias veikas, kurios paprastai gali būti sujungtos į vieną teisingą poelgių sutaptį tik tada, kai jos atsiduria vienoje poelgio dalyje (§52), tačiau ne vien kaltininko sukurto prasminio ryšio ar kitokio kriminologinio bendrumo. Tiriant specialią delikto veikos sudėtį, susietą su jos įvykdymo prielaidomis, turi būti tikrinama, ar, norint teisingai suvokti padarytą neteisėtumą ir kaltę, rekomenduotina pakartotinį veikos sudėties įvykdymą laikyti „viena" veika teisine prasme. Paprastai įstatyminių nuostatų apie bausmės taikymą ir jos dydžio nustatymą turėtų pakakti, kad būtų galima tiesiogiai įvertinti vienodų veikų, nesudarančių „natūralios poelgių sutapties" ar „veikos sudėtį atitinkančios vertinimo sutapties", bendrojo žalingumo. Todėl materialusis tęstinumo ryšio pateisinimas remiasi su veikos sudėtimi susijusiais pagrindais ir, siekiant teisingai įvertinti bendrąjį žalingumą, turėtų būti labai reta išimtis.

774 Taip iki šiol tęstinio poelgio „senos rūšies" atskiri veiksmai ateityje turi būti visada laikomi savarankiškomis baudžiamosiomis veikomis, jeigu tik šių veikų neapima natūrali poelgių sutapties sąvoka (plg. Nr. 764). Lieka tik laukti, kaip teismų praktika įveiks naujai iškylančias problemas.

Plg. kaltinimą (BGH NJW 94, 2556 ir 2966) ir argumentaciją bylos nuosprendyje dėl daugelį metų trukusios seksualinės vaikų prievartos (BGH NStZ 94, 393). Apie tai žr. *Arzt*, JZ 94, 1000; *Bittmann/Dreier*, NStZ 95, 105; *Geisler*, Jura 95, 74; *Zschockelt*, NStZ 94, 361 ir 95, 109; kritiką žr. *D-Tröndle*, Nr. 25 ir toliau prieš §52.

775 Pradiniu atveju įsibrovimas į abiejų merginų seksualinę laisvę pagal seną teismų praktiką apie tęstinumo ryšį būtų vertinamas taip: L ir Z buvo A ir B pakartotinai išžagintos (apie bendravykdymo klausimus §177 atvejais plg. BGHSt 27, 205). Daug kartų santykiaudamas su ta pačia mergina kiekvienas iš bendravykdytojų įvykdė visus „tęstinės veikos" požymius (plg. BGH MDR 79, 636 pas *Holtz*). Tačiau lytinė neliečiamybė yra labai asmeninis teisinis gėris, todėl L ir Z atžvilgiu buvo padarytos dvi atskiros (kiekviena iš jų tęstinė) poelgių grandinės (BGHSt 18, 26, 28). Bet abi tęstinės veikos viena su kita buvo susijusios todėl, kad abi jos tilpo į vieną dalinį aktą: grasinimas nužudyti kaip vienas poelgis natūralia prasme buvo vieningas, tuo pačiu metu padarytas įsiskverbimas į abiejų merginų valios laisvę (plg. BGH MDR 72, 197, pas Dallinger). Dėl šio įvykdymo poelgio dalinio identiškumo tęstinės veikos prieš L ir Z sudaro sutaptį, t.y. „vienarūšę" idealiąją konkurenciją (pagal §177 I, 52 I); BGHSt 2, 246, 6, 81; BGH NStZ 94, 79.

Pagal šiandieninę teismų praktiką pakartotinio §177 pažeidimo atveju svarstymams apie tęstinumo ryšį nėra pagrindo (BGHSt GrS 40, 138). Todėl kiekvienas išžaginimo atvejis paprastai turi būti vertinamas kaip teisiškai savarankiška veika. „Natūralios poelgių sutapties" (plg. Nr. 764) pradiniu atveju neturime, nes kiekvieną užpuolimo aktą nuo kito skyrė didelis laiko tarpas (žr. D-*Tröndlr*, Nr. 2 c prieš §52 su kitomis nuorodomis). Tačiau grasinimas nužudyti kaip vieningas įsiskverbimas į abiejų merginų valios laisvę sujungia baudžiamąsias veikas prieš L ir Z bendrininkavimo aspektu į vienarūšę idealiąją konkurenciją, nes turimas „įvykdymo poelgio dalinis identiškumas" (§177 I, 25 II, 52 I; išsamiau žr. Nr. 777). Veikų daugetą §53 I prasme čia turime tik dėl to, kad veika buvo pakartota daug kartų. Todėl priklausomai nuo šių pakartojimų skaičiaus (kurį teismas privalo nustatyti) A ir B (kiek tai susiję su §177 taikymu) turi būti baudžiami už bendrai įvykdytą L ir Z išžaginimą, padarytą ... kartų (plg. BGH NStE Nr. 22 apie BK §52).

III. Idealioji konkurencija

776 1. Idealioji konkurencija (= veikų sutaptis) turima tuomet, kai tuo pačiu poelgiu pažeidžiami keli baudžiamieji įstatymai arba kai tas pats baudžiamasis įstatymas yra pažeidžiamas kelis kartus (§52 I); pirmuoju atveju kalbama apie skirtingų rūšių, o antruoju – apie vienarūšę idealiąją konkurenciją.

„Kelių įstatymų pažeidimas" reiškia, kad įvykdytos kelios baudžiamųjų veikų sudėtys. §52 įgalioja vieningos veikos neteisėtumo turinį (pvz., kaip apgaulę panaudojant netikrą dokumentą = §263, 267) įvertinti skirtingais teisiniais požiūriais.

777 §52 nereikalauja visiško veikos sudėties poelgių tapatumo, atvirkščiai – pakanka to, kad daliniu veiksmu įvykdomos keliuose baudžiamuosiuose įstatymuose numaty-

tos objektyvios veikos sudėtys (= įvykdymo poelgio dalinis identiškumas: BGHSt 18,29; 26, 24; BGH NStZ 85,546; *Kraß*, JuS 91, 281). Dėl tokio dalinio sutapimo galima ir baigtos bei iki galo atliktos baudžiamosios veikos sutaptis. Jeigu, pavyzdžiui, poelgis, daromas siekiant iki galo atlikti jau baigtą apiplėšimą, pažeidžia ir kitą baudžiamąjį įstatymą (pvz., §211, 22 – šaunant į praeinantį persekiotoją), tai tarp šio įstatymo pažeidimo ir plėšimo yra idealios konkurencijos santykis (BGHSt 26, 24, 27; BGH NStZ 93, 77).

778 Pradiniu atveju A ir B žiauriu elgesiu su merginomis realizuoja ne tik §223 a numatytą veikos sudėtį (= „kelių asmenų įvykdymas bendrai"), bet ir §237 „prievartos požymį". Tarp pagrobimo panaudojant prievartą ir pavojingo kūno sužalojimo yra „nevienarūšė" idealioji konkurencija (plg. BGHSt 18, 26, 27).

779 Kyla abejonių, kai trunkamasis deliktas susiduria su deliktu, kuris yra laikomas baigtu padarius priešingus teisei veiksmus (pradiniu atveju §237, 123 su §177, 242, 243 I Nr. 1, 7).

Teismų praktika ir šiais atvejais reikalauja, kad veiksmai, nukreipti padaryti baudžiamąją veiką, iš dalies sutaptų (RGSt 32, 137; 54, 288; BGHSt 18, 29, 33); priešingu atveju turime realiąją konkurenciją. Tačiau pagal teisės moksle vyraujančią nuomonę skiriama taip: idealioji konkurencija yra tada, kai deliktas, kuris laikomas baigtu nuo priešingų teisei veiksmų padarymo momento, yra trunkamojo delikto darymo priemonė (kaip pradiniu atveju žiaurus fizinis elgesys yra priemonė pagrobti arba kai trunkamasis deliktas turi sukurti sąlygas padaryti tam tikrą deliktą, kuris laikomas baigtu nuo priešingų teisei veiksmų padarymo momento (kaip pradiniu atveju – būsto neliečiamybės pažeidimas siekiant įvykdyti išžaginimą ir vagystę), t.y. nuo pat pradžių trunkamasis deliktas yra daromas šiam tikslui. Ir priešingai, realioji baudžiamųjų veikų konkurencija galima tuomet, kai nauja veika daroma naujai apsisprendus, ir ji tik atsitiktinai sutampa su trunkamuoju deliktu (pvz., jei J savo medžioklės trobelėje netikėtai užkluptų A ir B, kurie pradėtų įžeidinėti J; §123 ir §185 sudarytų veikų daugetą; plg. OLG Koblenz NJW 78, 716).

Išsamiau žr. LK-*Vogler*, Nr. 23 prieš §52; *Sch-Sch-Stree*, Nr. 88-91 prieš §52. Apie teisinį Ginklų įstatymo pažeidimų ir kitų baudžiamųjų veikų santykį žr. BGHSt 36, 151.

780 Pagal nuolatinę teismų praktiką veikų sutaptis gali būti grindžiama ir tuo, kad du savarankiški poelgiai idealiai konkuruoja su trečiuoju ir dėl šio juos saistančio poveikio irgi sudaro veikų sutaptį. Tačiau šis susaistymo principas dėl toli siekiančių padarinių, nustatant bausmės dydį ir paveikiant baudžiamąjį kaltinimą (Konstitucijos 103 str. III dalis, BPK §264), gali būti taikomas tik labai siaurai ir tik atsižvelgiant į tam tikrų deliktų neteisėtumo turinį. Kelios sunkios, tarpusavyje realiai konkuruojančios veikos negali sudaryti idealiosios konkurencijos tik dėl to, kad jos iš dalies sutampa su ne tokiomis sunkiomis baudžiamosiomis veikomis; tokiu atveju apgręžiamas žmogaus socialinis ir etinis vertinimas. Pagal iki šiol vyravusį požiūrį toks susaistymo poveikis turėjo būti paneigtas jau tada, kai nors vienas atitinkamas

įstatymo pažeidimas reiškia didesnį žalingumą negu tarpinė baudžiamoji veika (BGHSt 3, 165; *Jescheck*, AT §67 II 3). Naujausioji teismų praktika šios taisyklės atsisakė. Dabar baudžiamoji veika, susikertanti su kitais dviem deliktais, gali pagrįsti veikų sutapties tarp šių dviejų deliktų buvimą ir tada, kai vienas iš jų yra sunkesnis negu juos siejanti veika (BGHSt 31, 29; BGH StrVert 83, 148 apie nužudymo, prievartos ir neteisėto ginklo laikymo santykius; BGH JR 83, 210 su pastabomis *Keller*; pritaria *Sch-Sch-Stree*, §52, Nr. 17 a). Federalinis teismas nepripažįsta abstrakčios sulyginimo taisyklės, pagal kurią nusikaltimas visada turėtų būti laikomas sunkesniu už nusižengimą; sprendimas turi būti priimamas atsižvelgiant į konkretų atvejį, jo reikšmę bei taikytinų sankcijų ribas (BGHSt 33, 4 apie Įstatymo dėl svaiginamųjų medžiagų §29, 30; BGH NStZ 89, 20; 93, 133).

Dalis teisės mokslo susaistymo principą visiškai atmeta (*Jakobs*, AT 33/12; *Puppe*, GA b1982, 143, 153; *Schmidhäuser*, AT 14/36); kiti šį principą vertina labai skeptiškai (SK-*Samson*, §52, Nr. 19).

781 Pradiniu atveju A ir B padarytas būsto neliečiamybės pažeidimas yra veikų sutapties santykiuose su daug kartų padarytu abiejų merginų išžaginimu, su J turto vagyste (§52 I; išsamiau žr. Nr. 791). Tačiau būsto neliečiamybės pažeidimas kaip ne tokia sunki veika negali „vieno su kitu susieti“ išžaginimo ir vagystės, kaip savarankiškų ir aukštesnį neteisėtumo turinį turinčių baudžiamųjų veikų. Abu deliktai yra sunkesni už būsto neliečiamybės pažeidimą, todėl šis pažeidimas negali susieti šių deliktų (BGHSt 31, 29).

782 Jeigu kas nors, pažeisdamas Ginklų įstatymo nuostatas, dėl baudžiamosios atsakomybės įvykdo žmogžudystę (§212) ir iš karto po to prievartavimą, naudodamasis tuo pačiu ginklu, tokiu atveju taip pat veikų sutaptyje įvykdytas nusižengimas pagal Ginklų įstatymą kaip savanoriškus poelgius nužudymą ir prievartavimą susaisto į veikų sutaptį (BGH StrVert 83, 148).

Apie §239 I saistomąjį poveikį dėl §178, 22 ir §315 c I Nr. 1a, 2a žr. BGH NStZ 88, 70.

783 2. Sprendimai idealiosios konkurencijos atvejais priimami vadovaujantis ribotu absorbavimo principu: bausmė nustatoma pagal įstatymą, numatantį griežčiausią bausmę; tačiau ji negali būti švelnesnė negu tai leidžia kiti taikytini įstatymai (§52 II).

Piniginė bauda, turtinio pobūdžio bausmės, papildomosios bausmės ir padariniai, pataisymo ir apsaugos priemonės, turto konfiskavimas, sunaikinimas, paėmimas taip pat turi arba gali būti atskirai paskirti, prisilaikant §52 III, IV nustatytų ribų, jei tai yra numatyta ar leidžiama pagal kurį nors iš taikytinų įstatymų (= vadinamasis kombinavimo principas). Apie pripažinimo kaltu formulavimą žr. Nr. 799.

IV. Realioji konkurencija

784 1. Realioji konkurencija esti tada, kai kas nors padaro kelias savarankiškas baudžiamąsias veikas, už kurias gali būti teisiama kartu (§53).

Pradiniu atveju vagystė su baudžiamosiomis veikomis, įeinančiomis į pagrobimo visumą, ir bus realioji konkurencija. Tas pat pasakytina apie K apgaulę.

785 2. Realiosios konkurencijos atvejais bausmės dydis iš esmės nustatomas remiantis keliais principais.

Jei gali būti skiriamos kelios laisvės atėmimo ar kelios piniginės bausmės, turi būti skiriama subendrinta bausmė (§53 I). Tokia bausmė gali būti skiriama tada, kai turi būti subendrinama laisvė, atėmimo bausmė ir piniginė bausmė. Subendrinti negalima, jeigu teismas suranda pagrindą piniginę bausmę skirti atskirai (plg. §53 II). Greta tokios subendrintos bausmės, esant §53 III išvardytoms prielaidoms, gali būti paskirta turto bausmė (§43 a) ar pagal aplinkybes subendrinta turto bausmė. §52 III, IV 2 įtvirtintos taisyklės gali būti taikomos atitinkamai.

786 Subendrintos bausmės suformavimas yra reglamentuojamas §54: jeigu viena iš atskirų bausmių yra laisvės atėmimas iki gyvos galvos, tai kaip subendrinta bausmė turi būti skiriamas laisvės atėmimas iki gyvos galvos. Kitais atvejais subendrintos bausmės dydis nustatomas padidinant griežčiausią bausmę, o jei atskiros bausmės yra skirtingų rūšių, tai skiriama griežčiausia bausmės rūšis (vadinamasis aspiracijos principas). Tai dabar, kaltininko asmenybė ir atskiros baudžiamosios veikos vertinamos apibendrintai.

Subendrinta bausmė negali pasiekti atskirų bausmių sumos, o šiaip ji negali viršyti: skiriant terminuotą laisvės atėmimo bausmę – 15 metų, skiriant turtinio pobūdžio bausmę – asmens, padariusio veiką, turto vertės, o skiriant piniginę bausmę – 720 dienų uždarbio (§54 II 2). §55 leidžia, esant šioje normoje nurodytoms prielaidoms, bausmę subendrinti ir vėliau (plg. BGHSt 27, 359; *Bringewat*, JZ 79, 556 ir JuS 88, 25; *Greib*, JuS 94, 690).

Įstatymo dėl BK įsigaliojimo 315 str. II dalis numato, kad griežčiausia piniginė bausmė, skiriama už veikas, padarytas iki 1990-10-03 buvusios VDR teritorijoje, negali viršyti 360 dienų uždarbio.

V. Įstatymų sutaptis

787 Nuo abiejų tikrų konkurencijos rūšių (idealiosios ir realiosios konkurencijų) turi būti atriboti netikrosios konkurencijos atvejai, kai pagal pažodinį įstatymo tekstą įvykdomos kelios baudžiamųjų veikų sudėtys, tačiau kai iš tikrųjų tas įstatymas, kuris turi būti taikomas pirmiausia, pašalina kitų įstatymų taikymo galimybę. Poelgių sutapties atvejais „netikros konkurencijos“ pasireiškimo formos vadinamos įstatymų sutaptimi (taip pat „įstatymų konkurencija“). Poelgių daugeto atvejais tariamos konkurencijos atvejai atsiranda dėl kartu nagrinėjamų vėliau ar anksčiau padarytų veikų (išsamiau žr. *Seier*, Jura, 83, 225; *Vogler*, Bockelmann-Festschr., S. 715).

Teismų praktikoje įstatymų konkurencijos buvimas pripažįstamas tada, kai vieno poelgio neteisėtumo turinį visiškai apima vienas iš daugelio pagal pažodinį tekstą galimų taiky-

ti įstatymų (BGHSt 31, 380; 25, 373). Priimant sprendimą svarbiausi yra tie teisiniai gėriai, į kuriuos kaltininkas kėsinosi, ir tos veikų sutaptys, kurios saugo šiuos teisinius gėrius (BGHSt 11, 17; 28, 15). Vienos baudžiamosios veikos sudėties saugomo teisinio gėrio pažeidimas turi būti (nors nebūtinai, bet taip įprasta) kitos veikos sudėties įvykdymo pasireiškimo forma.

Įstatymų sutaptis būna tarp specialiosios ir bendrosios nuostatų, subsidijavimo ir apėmimo atvejais.

788 1. Santykis tarp specialiosios ir bendrosios nuostatos bus tuomet, kai viena baudžiamoji nuostata pagal jos sampratą būtinai apima visus kitos nuostatos požymius taip, kad specialios delikto veikos sudėties įvykdymas būtinai reiškia tai, jog įvykdyta atitinkama bendroji veikos sudėtis.

Tokie santykiai visuomet yra tarp kvalifikuotųjų bei privilegijuotųjų veikos sudėčių ir pagrindinės veikos sudėties, pvz., pradiniu atveju §223 a ir 223. Tokiais specialumo santykiais susiję ir savarankiški veikų sudėčių atvejai su išvestiniais iš jų, pvz., plėšimas (§249) su prievartavimu (§240) ir su vagyste (§242).

Pagal padarinius kvalifikuojamų deliktų (žr. Nr. 23) atvejais pagal §18 „ypatingų veikos padarinių atžvilgiu" yra būtinas bent jau neatsargumas. Todėl atitinkama neatsargumo veikos sudėtis esant įstatymų sutapčiai visada užleidžia vietą (= specialumas), pvz., §222 – §226 arba §307 Nr. 1 (plg. BGHSt 8,54).

Jeigu kvalifikuojamieji padariniai, atsižvelgiant į delikto rūšį, gali būti sukelti ne tik neatsargiai, bet ir tyčia (ypač netiesiogine tyčia), pvz., aukos mirtis §177 III, §251 ar §307 Nr. 1 atvejais, tai esant atitinkamai tyčiai pagal padarinius kvalifikuojamas deliktas ir atitinkama tyčinės veikos sudėtis (§212, 211) ima idealiai konkuruoti, nes veikos neteisėtumas ir kaltės laipsnis priimant nuosprendį gali būti išaiškintas tik tokiu būdu (BGHSt GrS 39, 100).

789 Taikant teisę visada turi būti teikiama pirmenybė specialiam baudžiamajam įstatymui, o ne bendrosioms veikos sudėtims.

Pradiniu atveju pagrobimas, padarytas panaudojant prievartą, atitinka visus laisvės atėmimo ir prievartavimo požymius; todėl §239, 240 užleidžia pirmenybę §237 (BGHSt 19, 320; 28, 18; kitą nuomonę žr. *Sch-Sch-Eser*, §237, Nr. 23).

§177, kaip specialioji nuostata, taip pat įgauna pirmenybę prieš jo apimamus §241 I, 178 ir 185 (plg. §241: BGH GA 1977, 306; §178: BGHSt 33, 142; §185: BGH NJW 51, 368 Nr. 21), tačiau ne prieš §239, jei laisvės atėmimas – kaip šiuo atveju – peržengia ribas, būtinas §177 įvykdyti (BGHSt 18, 26; 28, 18; BHG MDR 91, 1021 pas *Holtz*, OLG Koblenz VRS 49, 347). Išimtiniais atvejais tai aktualu gali būti §178 santykiui su §177 (plg. BGH NStZ 93, 38).

Federalinio teismo baudžiamųjų bylų senatai nesutarė dėl to, ar „dviejų asmenų santykių" rėmuose §177 pagal *ratio legis* turėtų būti teikiama pirmenybė prieš §239 b I pagrobimo norint išžaginti atvejais. Šis ginčytinas klausimas 1994-11-24 Didžiojo baudžiamųjų bylų senato sprendimu (BGH NStZ 95, 129) yra išspręstas tiek, kad tokio pobūdžio atvejais §239 b I taikymo galimybė negali būti nuo pat pradžių atmesta. Tarp §239 b I ir §177 yra galima veikų sutaptis.

790 2. Subsidiarumas reiškia, kad baudžiamoji nuostata yra taikoma tik kaip pagalbinė, t.y. tik tada, kai netaikoma jokia kita nuostata.

Iš dalies subsidiarumas yra aiškiai reglamentuotas (pvz., §145 II, 145 d.,248 b, 265 a, 316), iš dalies jis nustatomas aiškinant prasminį ryšį. Toks subsidiarumas dažniausiai egzistuoja konkrečių pavojaus ir pažeidimo deliktų santykiuose (plg. RGSt 68, 407 apie §221, 217), pasikėsinimo ir tos pačios baudžiamosios veikos sudėties užbaigimo, taip pat lengvesnių ir sunkesnių bendrininkavimo formų santykiuose. Taip kurstymas ir padėjimas yra subsidiarūs (papildomi) visoms vykdymo formoms, bendrininkavimo atvejais padėjimas yra subsidiarus (papildomas) kurstymui.

791 3. Smarkiai ginčijamasi dėl apėmimo sąvokos ir atribojimo. Apėmimas bus tada, kai viena baudžiamoji veikos sudėtis nebūtinai įeina į kitą, bet paprastai ir tipiškai jos įvykdymas sutampa su pastarosios įvykdymu taip, kad jos neteisėtumo ir kaltės turinį apima sunkesnė delikto forma.

Taip pagal vyraujančią nuomonę vagystės su įsilaužimu atvejais §242, 243 I konsumuoja tipiškas lydinčias veikas – paprastą būsto neliečiamybės pažeidimą ir daiktų sugadinimą (§123, 303; plg. KG JR 79, 249, pastabas žr. *Geerds*; LK-*Vogler*, Nr. 132 prieš §52; *Wessels*, Maurach-Festschr., S. 295, 308; kitą nuomonę žr. *Maurach-Schroeder*, BT/1 7. Aufl., §33, Nr. 109). Tas pat pasakytina ir apie vagystės įlipant ar vagystės panaudojant padirbtą raktą santykį su būsto neliečiamybės pažeidimu, paprastai susijusiu su šiomis vagystėmis (§123). Tačiau šis principas apribojamas tada, kai būsto neliečiamybės pažeidimas nėra vien §242, 243 I Nr. 1 palydinti veika, o (kaip septynioliktuoju atveju) veika, nulemianti kitų baudžiamųjų veikų (pvz., išžaginimo) įvykdymą, t.y., kai peržengiamos paprastos §242, 243 I Nr. 1 palydinčios veikos ribos. Esant tokioms aplinkybėms, apėmimas nėra taikomas, o būsto neliečiamybės pažeidimas išsaugo savarankišką prasmę.

Pradiniu atveju §237 apimamas baudžiant už įkaitų paėmimą, jei pagal naują teismų praktiką yra patvirtinama veikų sutaptis tarp §239 b I ir §177 (BGH GrS NStZ 95, 129).

792 4. Įstatymų sutapties atvejais baudžiamasis įstatymas, užleidęs vietą kitam baudžiamajam įstatymui, pirmame nuosprendyje nėra minimas. Tačiau nustatant bausmės dydį šio įstatymo sankcijos minimali riba negali būti pažeista (BGHSt 1, 152; 10, 312; 15, 345; 20, 235). Šis baudžiamasis įstatymas yra svarbus ir atsisakius „kvalifikuoto“ pasikėsinimo (plg. Nr. 651), taikant šalutines bausmes ir priemones §11 I Nr. 8 prasme (plg. BGHSt 19, 188).

VI. Baudžiamoji veika, kurią apima baigtas nusikaltimas, ir paskesnė baudžiamoji veika, kuri nėra baudžiama, kadangi jos požymius apima prieš tai padaryta veika

793 „Netikros konkurencijos“ pasireiškimo formų yra ir poelgių daugeto atvejais, kai baudžiamosios veikos sudėties įvykdymas apima ir anksčiau padaryto savarankiško poelgio ar vėliau atsiradusio poelgio neteisėtumo ir kaltės turinį. Siekiant šiuos atvejus

atriboti nuo poelgių sutapties, čia yra kalbama ne apie „įstatymų sutaptį", o apie baudžiamąją veiką, kurią apima baigta nusikaltimo veika, bei baudžiamąją veiką, kurios požymius apima prieš tai padaryta veika (už kurią galima ir nebausti). Atitinkamo baudžiamojo įstatymo galima netaikyti dėl subsidiarumo ar apėmimo.

Išsamiau žr. BGHSt 38, 366; LK-*Vogler*, Nr. 135 ir toliau prieš §52; *Otto*, Jura 94, 276.

794 1. Kartu nagrinėjant baudžiamąją veiką, kurią apima baigta nusikalstama veika, kalbama apie subsidiarumą arba apėmimą.

Taip pradiniu atveju susitarimas padaryti nusikaltimą (§30 II, 177), kaip savarankiškas poelgis, yra nagrinėjamas kartu, lyginant su anksčiau padaryta iššaginimo veika. §30 II siekia apimti tik paruošiamuosius poelgius, t.y. pagal savo prasmę ir tikslus yra subsidijari lyginant su sutarto padaryti delikto pasikėsinimu ar baigimu (plg. BGHSt 1, 131; 14, 378). Na, o automobilio raktelių pasisavinimas, atsižvelgiant į apėmimą, yra kartu nagrinėjama, išankstinė, lyginant su vėliau įvykdoma šio automobilio vagyste, veika (OLG Hamm MDR 79, 421). Panašus yra ir pasikėsinimo padaryti smurtinį prievartavimą (§255, 22) ir iš karto po to įvykdyto plėšimo (§249) santykis, jeigu veikos dalykas yra svetimas daiktas, ir kaltininkas, vykdydamas savo apsisprendimą padaryti veiką, nuo vieno įvykdymo būdo pereina prie kito (BGH StrVert 82, 114).

795 2. Baudžiamosios veikos, kurios požymius apima prieš tai padaryta veika, atžvilgiu yra visiškai pritaikomos apėmimo taisyklės. Tokia veika, pasireiškianti veikos sudėtį atitinkančia, priešinga teisei ir nusikalstamo poelgio forma, yra apimama, jeigu jos reikia anksčiau padarytą veiką užtikrinti ir jau padaryta žala iš esmės nepadidėja ir nėra pažeidžiamas joks naujas teisinis gėris (BGHSt 38, 366; 6, 67; BGH NStZ 87, 23). Tipiškas abiejų veikų ryšys yra tas, kad kaltininkas paprastai turi ir vėliau padaryti veiką, jei nori, jog pagrindinė veika turėtų prasmę.

Taigi vagystė kaltininkui prasminga yra tik tada, kai priešingai teisei įgytas daikto valdymas gali būti panaudotas jo tikslams. Pradiniu atveju tai, kad A ir B pavogtus ginklus perdavė C ir vertingus daiktus pardavė K, nereiškia, kad įvykdytas pasisavinimas (246), už kurį reikėtų atskirai bausti; už šiuos tipiškus panaudojimo poelgius yra atlyginama baudžiant už vagystę (Federalinis teismas (BGHSt 14, 38) ir taip paneigiamas jau §246 veikos sudėties buvimas, nes nėra pakartotinio pasisavinimo: išsamiau žr. *Wessels*, BT/2, Nr. 295 ir toliau).

Ir priešingai, patiklaus K apgaulė (StGB §263, BGB §935) su anksčiau padarytu deliktu, susijusiu su neteisėtu įsigijimu (§242, 243 I Nr. 1, 7), sąveikauja kaip konkurencija, nes pažeidžiamas naujas teisinis gėris, priklausantis trečiajam asmeniui (plg. RGSt 49, 16 ir 405; BGH MDR 82, 280 pas *Holtz*).

796 Jei nuteisti už pagrindinę veiką negalima dėl to, kad neįrodyta, ar suėjęs senaties terminas, tai už vėliau padarytą veiką gali būti baudžiama atskirai (BGHSt 38, 366; BGH NJW 68, 2115; kitaip mano *Stree*, pastabos JZ 93, 476). Bendrininkavimas baudžiamojoje veikoje, kuri nėra baudžiama, kadangi jos požymius apima prieš tai padaryta veika, gali būti baudžiamas; bendrininkauti gali tretieji asmenys (RGSt 67, 70, 77).

VII. Nuorodos nagrinėjimui ir bendras rezultatas

797 1. Konkurencijos klausimus spręsti rekomenduojama keliais etapais.

Pirmiausia turi būti patikrinta, ar turima „poelgių sutaptis", ar „poelgių daugetas" (plg. Nr. 753).

Po to turi būti tikrinama, ar konkurencija yra „tikra", ar „netikra":

Poelgiams sutapus iš pradžių turėtų būti atmestos dėl „įstatymų sutapties" netaikytinos nuostatos; likusios baudžiamųjų veikų sudėtys yra taikomos remiantis §52.

Poelgių daugeto atveju turi būti atskirtos baudžiamosios veikos, kurias apima baigti nusikaltimai ir padariniai baudžiamosios veikos, kuri nėra baudžiama, kadangi jų požymius apima prieš tai padarytos veikos; taip lieka laisvas kelias taikyti §53 likusioms baudžiamųjų veikų sudėtims. Išimtiniais atvejais susaistymo principas (minimas Nr. 780) gali pagrįsti veikų sutaptį tarp savarankiškų įstatymo pažeidimų, jei šiuos pažeidimus sujungia su jais idealiai konkuruojanti trečioji baudžiamoji veika.

798 2. Pradiniu atveju turi būti daroma tokia išvada: A ir B yra trauktini baudžiamojon atsakomybėn kaip bendravykdytojai (§25 II):

a) už L ir Z išžaginimą, padarytą ... kartų ir įkaitų paėmimo, laisvės atėmimo, pavojingo kūno sužalojimo bei būsto neliečiamybės pažeidimo sutaptį (§177 I, 239 b I, 239 I, 223 a, 123, 52, 53);

b) už ypač sunkia forma padarytą vagystę ir būsto neliečiamybės pažeidimo sutaptį (§242, 243 I Nr. 1 ir 7, 123, 52);

c) taip pat už K apgaulę (§263).

Visi šie trys veikų kompleksai vienas su kitu susiję kaip veikų daugetas (= reali konkurencija, §53).

C, padarydamas „vieną" poelgį, t.y. duodamas padirbtą raktą, padėjo padaryti a ir b punktuose minimas veikas (= nevienarūšė idealioji konkurencija pagal §27, 52); čia būtina prielaida yra tai, kad padėjimo tyčia apimtų kiekvieną iš pagrindinių veikų.

Turi būti atskirai tikrinama, ar asmens, prisidėjusio darant deliktą, įnašas į veiką yra vieningas poelgis, ar ne; čia svarbiausia yra bendrininkavimo poelgių kiekis, o ne pagrindinių veikų vertingumas (plg. BGH StrVert 89, 58).

C padarytas slėpimas (§259, plg. BGHSt 7, 134; 8, 390) su aukščiau minėtu padėjimu susiję kaip realioji konkurencija (§53).

799 3. Pagal StPO §260 IV 1 nuosprendyje turi būti pateikiamas veikos, dėl kurios kaltinamasis yra pripažįstamas kaltu, teisinis įvertinimas. Likusią nuosprendžio dalį savo nuožiūra laisvai suformuluoja teismas (StPO §260 IV 5). Susidūrus kelioms baudžiamosioms veikoms praktika nėra visada vienoda.

Vienu atveju Traunsteino žemės teismas nuteisė kaltinamąjį, paskirdamas bendrą 3 metų laisvės atėmimo bausmę už „tyčinio nusižengimo – pavojingo kelių eismo sutrukdymo sutaptį kaip vieną su kitu teisiškai susijusius nusižengimus: pasipriešinimą pareigūnams

ir tyčinį neapdrausto ir neapmokestinto automobilio vairavimą, bei sutaptį su dalykiškai susijusiu nusižengimu – svaiginamųjų medžiagų įsigijimu neturint leidimo". Revizinėje instancijoje Federalinis teismas šį sudėtingą ir neaiškų kaltės pripažinimą naujai suformulavo ir paaiškino (NStZ 86, 40): Žemės teismas pagal bavarišką paprotį neapsiribojo išvardydamas atitinkamas baudžiamąsias nuostatas, bet jas dar papildomai pagal BK §12 suklasifikavo. Tačiau tokio veikos klasifikavimo nuosprendyje nereikia. Jis teisiškai nerekomenduotinas, nes tik nereikalingai perkrauna pripažinimą kaltu ir yra papildomas klaidų šaltinis (tai parodo anksčiau pateiktas atvejis, nes BK §315 b III pažeidimas yra nusikaltimas, o „viena" veika negali būti ir nusižengimas, ir nusikaltimas vienu metu). Žodžių „teisiškai" ir „dalykiškai susiję s" vartojimas taip pat nuosprendį daro nereikalingai smulkmenišką. Veikų sutaptyje padarytus įstatymo pažeidimus pakanka sujungti pavartojant žodžius „veikų sutaptyje su... ir su...", o veikų daugeto atvejais pakanka pavartoti tik žodį „ir" arba žodžius „taip pat", kaip ir įprasta daryti kitose (išskyrus Bavariją) Federacijos dalyse.

Taikant §52 nevienarūšės idealiosios konkurencijos atvejais pripažįstant kaltu turi būti nurodomi visi tarpusavyje susiję baudžiamieji įstatymai. (*Pavyzdys.* Kaltinamasis yra nuteisiamas už apgaulę, kai veikos sutapo su dokumento suklastojimu.) Vienarūšės idealiosios konkurencijos atvejais pripažinime kaltu turi būti kalbama apie daugkartinį to paties įstatymo pažeidimą. (*Pavyzdys.* Kaltinamasis yra nuteisiamas laisvės atėmimu iki gyvos galvos už trijų žmonių nužudymą.) Jeigu turėtume realiąją konkurenciją, tai paskutiniame pavyzdyje kaltinamasis turėtų būti pripažintas kaltu dėl trijų nužudymų. Plačiau žr. *Meyer-Goßner*, NStZ 88, 529 ir Jura 90, 253. Apie nuosprendžio turinio struktūrą žr. BGH NStZ 94, 400.

PRIEDAS

§18. MOKSLO APIE BAUDŽIAMĄJĄ VEIKĄ APŽVALGOS

800 I. Delikto sandaros tikrinimo lygių modelis (baigtos tyčinės veikos atveju)

Reikia rasti baudžiamosios veikos sudėtį	= Pirmas tikrinimo lygmuo remiantis įstatymo numatyta veikos sudėtimi
Trumpas mintinis poelgio kokybės patikrinimas remiantis pačiu įvykiu	
Atitikimas veikos sudėtį siaurąja prasme a) Objektyvios neteisėtos veikos sudėties įvykdymas b) Subjektyvios neteisėtos veikos sudėties įvykdymas	= Tikrinimas tik tuo atveju, jei tai numato įstatymas (pvz., §283 VI)
Prireikus objektyvių patraukimo baudžiamojon atsakomybėn sąlygų nustatymas (= vadinamasis „veikos sudėties prijungimas“)	
Veikos **priešingumas teisei** (= Galimų baudžiamąją atsakomybę šalinančių (pateisinančių) pagrindų buvimo tikrinimas) a) Objektyvių baudžiamąją atsakomybę šalinančių (pateisinančių) elementų buvimas b) Subjektyvių baudžiamąją atsakomybę šalinančių (pateisinančių) elementų buvimas	= Antras tikrinimo lygmuo remiantis visa teisine tvarka
Kaltė a) Pakaltinamumas (BK §19, 20) b) Specialūs kaltės požymiai (jei įstatymas juos numato) c) Kaltinimas dėl tyčios (atkrinta pagal vyraujančią nuomonę, esant „klaidai dėl leidžiamos veikos sudėties“) d) Neteisėtumo suvokimas ar galimybė neteisėtumą pamatyti (plg. BK §17) e) Kaltę šalinančių pagrindų buvimas ar nebuvimas (plg., pvz., BK §35 I)	= Trečias tikrinimo lygmuo, kai atsižvelgiama į asmeninį veikos smerktinumą ir konkrečiai individualius kaltininko sugebėjimus išvengti normos pažeidimo
Prireikus asmeninių kaltę šalinančių ar kaltę naikinančių pagrindų bei baudžiamojo persekiojimo prielaidų ar kliūčių nustatymas = Įžanga į atvejo tyrimą	= Papildomas tikrinimas atskirais atvejais (plg., pvz., BK §258 V, VI, taip pat §247, 248 a).

Išsamiau apie sandaros metodus baudžiamojoje teisėje žr. Nr. 860 ir toliau.

II. Mokslo apie nusikaltimus Vokietijoje raidos apžvalga

801 Išankstinė pastaba: bendrojo mokslo apie nusikaltimus uždavinys – sistemiškai išaiškinti ir suskirstyti tuos struktūrinius elementus, kurie yra bendri visoms baudžiamosioms veikoms. Šis mokslas bando atsakyti į klausimą, kada ir kokiomis sąlygomis su socialiai žalingais padariniais susijęs ir į tuos padarinius nukreiptas tam tikras žmogaus elgesys yra laikomas veikos sudėtį atitinkančiu, priešingu teisei ir kaltai padarytu poelgiu. Šio mokslo tikslas – sudaryti sąlygas racionaliai, teisingai taikyti teisę bei įpareigoti patikrinti priimtus sprendimus. Taip turi būti užtikrintas teisingas ir teisinis saugumas tiriant ir nagrinėjant baudžiamąsias bylas. Mokslo apie nusikaltimus pagrindas yra įstatymas. Šio mokslo formuluojamos sąvokos turi atitikti įstatymų kalbą ir turi būti suderintos su įstatymų leidėjo vertybiniais sprendimais.

Taip, pavyzdžiui, būtina remtis §1, 9, 13, 25 nustatant, kad „veika" ir jos „įvykdymas" aktyvaus veikimo ar priešingo pareigoms neveikimo formomis yra išeities taškai baudžiamojoje teisėje priimant sprendimus ir nustatant deliktų sandaras. Iš §17, 20, 26, 27 paaiškėja, kad neteisėtumo nuo kaltės atribojimas priklauso fundamentaliesiems mokslo apie nusikaltimus struktūriniams elementams; tas pat pasakytina apie „priešingos teisei veikos" (plg. §11 I Nr. 5) ir „baudžiamosios veikos" (plg. §44, 66) skirtumą. Šios nuostatos kartu su §32, 34 („elgiasi nepriešingai teisei") ir §35 I 1 („elgiasi be kaltės") taip pat parodo, kad įstatymas vadovaujasi daugianare nusikaltimo sąvoka, o baudžiamąją veiką suvokia kaip veikos sudėtį atitinkantį, priešingą teisei ir kaltai padarytą poelgį. „Poelgis" yra išeities taškas ir jungiamoji grandis, pereinanti per visus baudžiamojo teisinio tikrinimo lygius. §46 ne tik patvirtina teisinėje valstybėje įtvirtintą kaltės principą („kaltininko kaltė yra pagrindas nustatant bausmės dydį"), bet ir išvardydamas pagrindus, kuriais remiantis nustatomas bausmės dydis, nurodo, kad įstatymų leidėjas „pažiūras, pasireiškiančias veikoje" (vadinamąjį pažiūrų žalingumą), laiko kaltinimo pareiškimo dalyku.

802 Bendrosios teisės mokslas apie nusikaltimus žinojo tik objektyvaus ir subjektyvaus inkriminavimo skirtumą (*imputatio facti* ir *imputatio juris*). Šios inkriminavimo sąvokos uždavinys buvo įvykių eigą suvokti kaip „žmogaus kūrinį" ir jį atriboti nuo paprasto atsitiktinumo. Naujoviška daugianarė nusikaltimo sąvoka buvo sukurta (daugiausiai Heidelbergo teisės mokslininko Lundeno pastangomis) tik XIX a. viduryje. Mokslo apie nusikaltimus klasikinė sistema, sukurta remiantis šia sąvoka, iš pradžių įsigalėjo kaip visiškai negincytina, ir tik nuo XX a. pradžios ji buvo iš esmės pertvarkyta (nuo poelgio sąvokos), laipsniškai įtraukiant visus delikto sandaros tikrinimo lygius, ir šiuo metu pasiekė konsolidacijos fazę.

803 Šios pertvarkos buvo imtasi atradus norminius veikos sudėties požymius bei subjektyvius neteisėtumo elementus (išsamiau žr. Nr. 118); kauzalinis mokymas apie poelgį, o kartu *Belingo* ir *von Liszto* pateikta „klasikinė sistema" (plg. Nr. 89) prarado savo patvarumą ir įtikimumą. Dabar veikos sudėties ir priešingumo teisei negalima (kaip anksčiau) nustatyti remiantis vien grynai objektyviais formaliais kriterijais; priežastingumu paremtas mąstymas turėjo užleisti vietą teleologiniam, prasminiam požiūriui. Tuo metu, kai veikos sudėtis siaurąja prasme kaip „neteisėtos veikos sudėtis" įgavo tinkamą naują reikšmę (plg. Nr. 119), socialinis žalingumas buvo pripažintas materialiu priešingumo teisei

turiniu ir taip sukurta galimybė „neteisėtumo" svarbą nustatyti priklausomai nuo to, ar pažeistasis teisinis gėris yra reikšmingas.

804 Labiausiai pertvarkos procesas į priekį buvo pastūmėtas apie trisdešimtuosius metus, kai *Welzelis* sukūrė finalinį mokymą apie poelgį (plg. Nr. 90). Šis mokymas deliktų sistemos viduje „tyčią" visiškai eliminavo iš „kaltės" sferos ir ją, remdamasis asmeninio poelgio žalingumu, priskyrė „subjektyviai neteisėtos veikos sudėčiai". Šio žingsnio naujasis teleologinis mokslas apie nusikaltimus nežengė ar pagal aplinkybes nežengė taip toli, kiek reikėjo. Jis pritaria šiuo metu vyraujančiai nuomonei ir tvirtai laikosi požiūrio, kad įstatymas sąvokomis „tyčia" ir „neatsargumas" be elgesio formos (= įvykdymo būdo), ir kaltės formą apibūdina taip, kaip abu požymiai deliktų sistemoje vykdo dvigubą funkciją – yra svarbūs ir neteisėtumui, ir kaltei (išsamiau žr. Nr. 142).

805 Iš esmės apie tai žr. *Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67, 1; tas pats Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Bockelmann-Festschr., S. 155; *Hirsch*, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, ZStW 93, 831 ir 94, 239; tas pat Die Entwicklung der Strefrechtsdogmatik nach *Welzel*, Fechtschr. der Rechtswiss. Fakultät zur 600-Jhr. Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 399; *Jescheck*, Zur Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschlant seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73, 179; tas pat, Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik, ZStW 93, 3; tas pat, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, ZStW 98, 1; *Roxin*, Zur geschichtlichen Entwicklung der neueren Verbrechenslehre, AT §7, Nr. 9 ir toliau; *Welzel*, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 66, 421; tas pat, Ein unausrottbares Mißverständnis? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre, NJW 68, 425; *Erbet*, Das Unrecht der Vorsätzkichen Straftat, Jura 81, 225; *Schünemann*, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 1; *Volk*, Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus, ZStW 97, 871; *Wolter*, Starfwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem, 140 Jahre GA, 1993, S. 269. Naujų atskirų sisteminimo bandymų kritiką Vokietijoje žr. *Jescheck*, AT §22 VI.

Dėl padėties Austrijos moksle apie nusikaltimus žr. *Moos*, ZStW 93, 1023.

806 Toliau pateikiamoje apžvalgoje, remiantis vagystės veikos sudėties pavyzdžiu, bus parodoma, kokių padarinių atsiranda dėl dabartinės nusikaltimų deliktų sandaros sistemos ir su ja susijusių dalykinių klausimų:

Mokymo sistema	Klasikinė sistema (= visiškai kauzalinis neteisėtumo suvokimas)	Neoklasikinė sistema (= kauzalinis požiūris, pripažįstant atskirus subjektyvius neteisėtumo elementus)
Pagrindiniai atstovai	*Beling, Binding von Liszt*	*Baumann, Kienapfel, Weber*
VEIKOS SUDĖTIES ATITIKIMAS §242 PRASME	Svetimo kilnojamojo daikto užvaldymas	Svetimo kilnojamojo daikto užvaldymas Priešingas teisei ketinimas pasisavinti
PRIEŠINGUMAS TEISEI	Baudžiamąją atsakomybę šalinančių (pateisinančių) pagrindų nebuvimas (remiantis objektyviais ir formaliais kriterijais)	Galimas baudžiamąją atsakomybę šalinančių (pateisinančių) pagrindų objektyviąja ir subjektyviąja prasme buvimas
KALTĖ	a) Inkriminavimo galimybė b) Tyčia, kaip kaltės rūšis c) Priešingas teisei ketinimas pasisavinti, kaip kitos kaltės požymis d) Kaltę šalinančių pagrindų nebuvimas	a) Pakaltinamumas b) Tyčia, kaip kaltės forma c) Neteisėtumo suvokimas, kaip kitos kaltės elementas d) Kaltę šalinančių pagrindų nebuvimas
KRITIKA	Ši mokymo sistema buvo vienpusiškai orientuota į padarinių deliktus (§212, 223). Ji turėjo žlugti, nes grynai kauzalinė mąstymo schema norminiam mokslui netinka. Ketinimo pasisavinti priskyrimas kaltės sferai buvo neteisingas, nes jis neturi nieko bendro su veikos smerktinumu	Šis mokymas, pertvarkęs klasikinę sistemą ir pripažinęs subjektyvius neteisėtumo elementus, sustojo pusiaukelėje. Jis nesuvokia, kad veikos sudėties tyčia ne tik pasikėsinimo, bet ir baigto delikto atvejais priklauso „subjektyviai neteisėtos veikos sudėčiai“ (plg. Nr. 139).

Nuoroda. Tradicinis mokslas laikosi čia pateiktos ir teismų praktikoje dažnai pirmumą gaunančios deliktų sandaros pagal „neoklasikinę“ sistemą.

Mokymo sistema	Teleologinė sistema (= su vertybėmis susijusio požiūrio ribose, remdamasi draudžiančių ir įpareigojančių normų prasminiu turiniu, siekia surasti kompromisinį sprendimą).	Finalinė sistema (= remiasi žmogaus elgesio finalinėmis struktūromis ir tariama įstatymų leidėjo orientacija į poelgio sąvokos ontologinį pobūdį).
Pagrindiniai atstovai	*Gallas, Jescheck, Lackner, Eser, Cramer, Lenckner, Roxin, Rudolphi, Wessels, Wolter* (vyraujanti nuomonė)*	*Welzel, Maurach, Armin, Kaufmann, Hirsch, Gössel. Schroeder, Stratenwerth, Zipf*
VEIKOS SUDĖTIES ATITIKIMAS §242 PRASME	a) Objektyvi neteisėtos veikos sudėtis: svetimo kilnojamojo daikto užvaldymas b) Subjektyvi neteisėtos veikos sudėtis veikos sudėties tyčia, priešingas teisei ketinimas pasisavinti	a) Objektyvi neteisėtos veikos sudėtis: svetimo kilnojamojo daikto užvaldymas b) Subjektyvi neteisėtos veikos sudėtis; veikos sudėties tyčia, priešingas teisei ketinimas pasisavinti
PRIEŠINGUMAS TEISEI	Galimas atsakomybę pašalinančių (pateisinančių) pagrindų buvimas: a) Objektyvūs, atsakomybę pašalinantys (pateisinantys) pagrindai b) Subjektyvūs, atsakomybę pašalinantys (pateisinantys) pagrindai	Galimas atsakomybę pašalinančių (pateisinančių) pagrindų buvimas: a) Objektyvūs, atsakomybę pašalinantys (pateisinantys) pagrindai b) Subjektyvūs, atsakomybę pašalinantys (pateisinantys) pagrindai
KALTĖ	a) Pakaltinamumas b) Kaltinimas dėl tyčios, kaip kaltės forma c) Neteisėtumo suvokimas, kaip kitas kaltės elementas d) Kaltę šalinančių pagrindų nebuvimas	a) Pakaltinamumas b) Neteisėtumo suvokimas, kaip kaltės elementas c) Kaltę šalinančių pagrindų nebuvimas
KRITIKA	Teleologinėje sistemoje „tyčiai" ir „neatsargumui", kaip elgesio ir kaltės formai, tenka dviguba funkcija. Šis diferencijavimas veda prie geresnio baudžiamosios teisės supratimo ir teisingesnių rezultatų nagrinėjant baudžiamąsias bylas	Finalinis mokymas nusikaltimų sistemą sukūrė visapusiškai remdamasis tik poelgių sąvoka. Jis nemano, kad tyčia svarbi ir kaip kaltės forma; todėl negali būti priskirta vien tik neteisėtumo sričiai

* *Pastaba. Schmidhäuser* teleologinės sistemos ribose daro savas išvadas, todėl prie šio mokymo atstovų jis gali būti priskirtas su tam tikromis išlygomis.

807 III. Pagrindai, pašalinantys bausmės taikymą (ar kaip su tuo susiję)

Sritis	Esminis pagrindas	Teisiniai padariniai
Poelgio sąvoka	„Poelgio kokybės" nebuvimas	Konkretus įvykis baudžiamosios teisės požiūriu yra nereikšmingas
Įstatyminė veikos sudėtis	a) Objektyvaus veikos sudėties požymio trūkumas b) Subjektyvaus veikos sudėties požymio trūkumas	a) Nėra baigtos veikos; reikia tikrinti, ar pagal aplinkybes nėra pasikėsinimo b) Nėra nei baigtos veikos, nei pasikėsinimo; pagal aplinkybes reikia tikrinti, ar nėra neatsargumo veikos sudėties
Priešingumas teisei	Atsakomybę pašalinančio (pateisinančio) pagrindo (objektyvaus ar subjektyvaus) buvimas	Kaltininko elgesys yra pateisinamas (= leistinas); jis nepadarė jokios „priešingos teisei" veikos.
Kaltė	Kaltę pašalinančio ar paneigiančio pagrindo nebuvimas	Nors ir turima „priešinga teisei" (BK §11 I Nr. 5) veika, tačiau kaltinimas negali būti reiškiamas, ir už šį elgesį nėra baudžiama.
Kitos patraukimo baudžiamojon atsakomybėn prielaidos	a) Objektyvių patraukimo baudžiamojon atsakomybėn sąlygų nebuvimas b) Asmeninių bausmę pašalinančių ar panaikinančių pagrindų nebuvimas	a) Už veiką (visi bendrininkai) nėra baudžiami, nes nėra įvykdytos visos patraukimo baudžiamojon atsakomybėn prielaidos b) Tie, kurių atžvilgiu ši aplinkybė yra taikytina (atitinkamo pagrindo ribose), nėra baudžiami; kitų bendrininkų atžvilgiu tai nėra taikoma (plg. BK §28 II)
Baudžiamojo persekiojimo leistinumas (už materialinės baudžiamosios teisės ribų)	a) Baudžiamojo persekiojimo prielaidų trūkumas b) Baudžiamojo persekiojimo kliūčių buvimas	Apie a) ir b): patraukimas baudžiamojon atsakomybėn už veiką nesikeičia; tik baudžiamasis persekiojimas negali būti tęsiamas (plg., BK §77, 78)

808 IV Veikos sudėtį pašalinančio sutikimo ir sutikimo, šalinančio (pateisinančio) atsakomybę, santykis.

Nukentėjusiojo **sutikimas** pašalina veikos sudėtį, jeigu įstatyminė veikos sudėtis reikalauja elgesio prieš nukentėjusiojo valią ar nesant tokios valios; pvz., §177, 178, 235-237, 239, 240, §123 „įsibrovimo" atveju arba §242 drauge su „pasisavinimu" (plg. BGH VRS 48, 175); nebūtinai turi būti „pareikštas", bet pradedant veiką turi būti duotas.

Teisinio gėrio savininko **sutikimas**, kaip teisinės apsaugos atsisakymas, pateisina veiką, jeigu teisėtvarka sutinka su tuo, kad šis asmuo gali to atsisakyti, pvz., kūno neliečiamybės (§226 a) ar turtinių gėrių apsaugos; prieš veiką (BGHSt 17, 359) turi būti pareikštas arba išreikštas bent jau konkliudentiniais veiksmais.

Išvardytais atvejais yra gryni faktinio pobūdžio (plg. BGHSt 23, 1) ir yra būtini tik nukentėjusiojo „natūralūs valiniai sugebėjimai" su tokiais padariniais:

Turi norminį pobūdį (plg. BGHSt 23, 1), ir jo veikimas gali būti apribotas dėl:

nukentėjusysis neprivalo suprasti pažeidžiamo gėrio reikšmės;
jo sutikimas neprivalo būti moraliai nepriekaištingas ir paprastai neturi būti paneigtas dėl asmens klaidingo suvokimo (išgautas sutikimas tik tuomet neturi reikšmės, kai įstatyme už „klastingą" elgesį numatyta bausmė, pvz., BK §235-237);
tačiau sutikimas negali būti išgautas prievarta, t.y. turi būti duotas savanoriškai (sutikimas, gautas panaudojant prievartą, jokios reikšmės neturi).

a) valdžios įgaliojimų (BK §216, 226 a, įstatymo dėl savanoriškos kastracijos §21);
b) galimybės išreikšti sutikimą, t.y. asmuo, kuris duoda sutikimą, turi sugebėti spręsti bei suprasti teisinio gėrio atsisakymo esmę, reikšmę ir apimtį (plg. BGHSt 12, 379);
c) valios trūkumų pasireiškimo, t.y. sutikimas paprastai yra negaliojantis, jei jis gautas panaudojant prievartą ar klastą, taip yra ir tuo atveju, kai toks sutikimas duodamas gydytojui pažeidus savo pareigą išaiškinti (plg. BGHSt 11, 111; 16, 309).

Kaltininko nežinojimas apie sutikimą (dėl veikos nebaigimo) lemia baudimą už netinkamą pasikėsinimą padaryti tam tikrą deliktą (jei už pasikėsinimą jį padaryti yra numatyta sankcija).

Kaltininko nežinojimas apie (įtaigiai pareikštą) sutikimą, lemia (pagal iki šiol galiojančią nuomonę) nubaudimą už baigtą veiką (plg. BGHSt 2, 111, 114), o pagal naują požiūrį – už pasikėsinimą reglamentuojančių taisyklių taikymą pagal analogiją (apie tai žr. Nr. 279).

Klaidingai manant, kad sutikimas yra duotas, turima klaida dėl veikos sudėties, kuri pašalina tyčią (BK §16 I 1).

Klaidingai manant, kad sutikimas yra duotas pagal analogiją §16 I 1 taisyklėms, taikomoms klaidos dėl leidimo veikos sudėties atvejais, nebelieka kaltinimo dėl tyčios galimybės, o kartu ir galimybės bausti už tyčia padarytą veiką (išsamiau žr. Nr. 478).

V. Mokslo apie klaidą baudžiamojoje teisėje apžvalga

809 Išankstinė pastaba: StGB klaidos nėra aiškiai ir išsamiai reglamentuotos, tačiau kai kurios nuostatos (plg. §16, 17 ir §26, 27 I) aiškiai parodo, kad StGB vadovaujamasi ne tyčios, o kaltės teorija, kuri neteisėtumo suvokimą vertina kaip savarankišką kaltės elementą ir jo nepripažįsta kaip tyčios sudedamosios dalies (pagrindžia BGHSt GrS 2, 194; išsamiau žr. Nr. 427, 464). Tuo iliustruojama ir tai, kad įstatyme yra atribojamos klaida dėl veikos sudėties ir klaida dėl draudimo (tuo galutinai yra panaikintas imperijos Aukščiausiojo Teismo sukurtas klaidos dėl veikos ir klaidos dėl teisės atribojimas; apie tai žr. Nr. 458). Be §16,17, kurie šiuo metu yra galiojančių taisyklių apie klaidas branduolys, ir be §35 II, kur kaltę šalinančio būtinojo reikalingumo ribose kalbama apie klaidingą manymą, jog egzistuoja kaltę šalinančios veikos aplinkybės, StGB yra ir daugiau atskirų savarankiškų specialiųjų taisyklių, kurių neįmanoma apibendrinti (pvz., §113 IV pasipriešinimo pareigūnui, vykdančiam bausmę, atveju; šios normos pragmatiškas formulavimas, besiremiantis nuoroda į §136 IV, 125 II, pagal prasmę leidžia šią normą taikyti ir vykdant turto areštą bei viešosios tvarkos pažeidimo atvejais; plg. §97, apie klaidas dėl valstybinių paslapčių). Kitus klausimus palikta spręsti teismų praktikai ir mokslui; ypač didelę reikšmę tai turi ginčams dėl atsakomybę šalinančių (pateisinančių) pagrindų (žr. Nr. 469 ir toliau).

Toliau pateikiamoje apžvalgoje, remiantis vienu bendru kriterijumi, klaidos atvejai yra skirstomi į grupes (A ir B). A grupėje tokie atvejai, kai vykdytojas ar asmuo, dalyvavęs veikos daryme (bendrininkas), klysta savo naudai, o B grupėje – klystama jų nenaudai.

810 A. Klaidingas suvokimas ir žinių trūkumai, kurie klystančiajam gali turėti teigiamą poveikį:

811 1. Klaida dėl aplinkybių, priklausančių įstatyminei veikos sudėčiai (= klaida, susijusi su veikos sudėties požymiais).

812 a) Klaidą dėl veikos sudėties daro tas, kuris, darydamas veiką, nesuvokia aplinkybės, esančios įstatyminės veikos sudėties dalimi (t.y. priskirtinos prie objektyvios neteisėtos veikos sudėties su tyčia susijusių požymių).

Pvz., medžiais ir krūmais apaugusioje vietovėje S besitreniruodamas iššauna į medinę dėžę, manydamas, jog ji tuščia. Iš tikrųjų joje tupi indėnus žaidžiantis berniukas J, kurį šūvis mirtinai sužeidžia. Gyvybė atimta neatsargiai ar tyčia? Arba – lankydamasis kavinėje svečias G pasiima į namus svetimą skėtį, jį supainiojęs su savuoju. Vagystė ar ne?

Psichologinė situacija: klysdamas dėl veikos sudėties asmuo, darantis veiką, nesuvokia savo elgesio socialinės reikšmės; jis nežino to, ką daro veikos sudėties požiūriu (pvz., S nežino, jog iššauna į žmogų; G nežino, jog pasisavina svetimą skėtį ir taip pažeidžia kito asmens teises). Jo nepasiekia objektyviai įvykdytos baudžiamosios veikos sudėties apeliuojamoji ir įspėjamoji funkcijos.

Teisiniai padariniai: atitinkamą veikos aplinkybę kaltininkas įvykdo netyčia; jo veikos sudėties tyčia atmetama (§16 I 1). Baudžiamoji atsakomybė už neatsargų veikos padarymą išlieka (§16 I 2), jei įstatyme yra atitinkama neatsargumo veikos sudėtis, kurios prielaidų įvykdymas turi būti tikrinamas atskirai (t.y. yra aišku, kad tyčios nuneigimas dar nereiškia, jog įvykdyta neatsargumo veikos sudėtis). Pateiktame pavyzdyje S turi būti traukiamas atsakomybėn pagal §222 (niekas negali šauti į objektą, kuris nėra prieš tai kruopščiai ir nepriekaištingai patikrintas). G neturi bijoti, nes į §242 numatytų panašių neatsargumo veikos sudėčių nėra.

813 b) Klaidingas manymas, jog egzistuoja priveligijuojamieji veikos sudėties požymiai, t.y. aplinkybės, kurioms iš tikrųjų egzistuojant būtų įvykdyta veikos sudėtis, numatyta švelnesniame įstatyme.

Pavyzdys. A prikalbina šešiolikmetę mokinę S pasivažinėti automobiliu, nusiveža ją į nuošalų vynuogyno keliuką ir, vykdydamas išankstinį planą, priverčia S lytiškai santykiauti. S iš pradžių priešinasi, bet vėliau atsisako bet kokių gynybos veiksmų. A veikia klaidingai manydamas, kad S jau prieš kelionę suvokė jo ketinimus ir jiems pritarė. Patraukimas baudžiamojon atsakomybėn pagal §235 I, II (= ypač sunkus vaiko pagrobimo atvejis) ar tik pagal §236 (= pagrobimas ne prieš pagrobtojo valią)?

Psichologinė situacija: §16 II atveju priklauso nuo konkretaus atvejo aplinkybių ir nuo to, kaip plačiai ši nuostata taikoma. Dažniausiai kaltininko įsivaizdavimas apima tik nelabai sunkaus delikto veikos įvykdymą (kitaip yra klaidingai manant, kad „tuojau po gimdymo" nužudytas vaikas yra nesantuokinis, jei §16 II remiasi nagrinėjant §212 ir §217 I santykį).

Teisiniai padariniai. Atsakomybės nebuvimas pagal sunkesnį įstatymą (paprastai tik objektyviai įvykdytą; žr. §235 I, II). Anksčiau pateiktame pavyzdyje, remiantis teismų praktika, tokia išvada turi būti daroma jau todėl, kad nėra veikos sudėties tyčios (= pagrobimo klasta; §16 I 1). Pagal tai, ką įsivaizdavo kaltininkas, jis turi būti baudžiamas pagal §16 – švelnesnės veikos sudėties nuostatas (taigi pagal §236; išsamiau žr. BGHSt 24, 168).

Remiantis §16 II, nagrinėjant §212 ir §217 santykį (t.y. tiriant priveligijuojančias aplinkybes, priskiriamas kaltės sričiai), nuomonės išsiskiria tik dėl teorinio pagrindimo, bet vis sutariama dėl išvadų (= patraukimas baudžiamojon atsakomybėn, vadovaujantis kaltininko įsivaizdavimu apie nesantuokiškumo požymį; plg. *Franke*, JuS 80, 172; *Roxin*, AT, §12, Nr. 122; *Warda*, Jura 79, 113; *Wessels*, AT, Nr. 422 ir BT/1, Nr. 158).

814 2. Klaida dėl draudžiamosios normos (= klaida dėl draudimo) padaroma tokiais būdais: kaltininkas nežino apie draudžiamąją normą, laiko ją (pvz., remdamasis Konstitucija) negaliojančia arba ją taip klaidingai išsiaiškina, jog mano, kad iš tikrųjų draudžiamas elgesys teisiškai leistinas.

Pavyzdžiui, psichiškai nesveikos moters suviliojimas lytiškai santykiauti, žinant apie jos būseną, bet nežinant apie teisinį draudimą (§179). Arba – vogtą daiktą paimant kaip dovaną, žinant šio daikto kilmę ir klaidingai manant, kad §259 draudžia vogtus daiktus tik supirkti.

Psichologinė situacija: kaltininkas nemano, kad elgiasi neteisėtai, savo elgesio prasmę ir socialinę reikšmę supranta; jis žino, ką jis (veikos sudėties požiūriu) daro, bet klaidingai mano, jog tai leidžiama.

Teisiniai padariniai: pagal §17 turi būti diferencijuojami taip:

a) jei kaltininkas negalėjo išvengti klaidos, tai jis veikia nekaltai (§17 1 sakinys). Neišvengiama klaida dėl draudimo pašalina veikos smerktinumą; ji yra kaltę šalinantis pagrindas;

b) klaida dėl draudimo, kurios galima buvo išvengti, nepašalina galimybės pareikšti kaltinimą, bet gali (pvz., baudžiant pagal tyčios veikos sudėtį) sušvelninti kaltę; ji yra fakultatyvus kaltę švelninantis pagrindas (§17 antras sakinys).

Atkreipkite dėmesį! Ginčas tarp kaltės teorijos ir tyčios teorijos šalininkų §17 buvo išspręstas pirmųjų naudai. Todėl galiojančiai teisei tyčios teorija neturi reikšmės (išsamiau žr. Nr. 459, 462).

815 3. Klaida dėl atsakomybę šalinančių (pateisinančių) pagrindų buvimo.

816 a) Klaida dėl leidžiančios veikos sudėties, t.y. vadinamojo klaidingo įsivaizdavimo, jog egzistuoja dalykinės pripažinto atsakomybę šalinančio (pateisinančio) pagrindo prielaidos. Tokia klaida daroma tada, kai kaltininkas klaidingai mano, jog egzistuoja aplinkybės, kurios, iš tikrųjų egzistuodamos, pateisintų konkrečią veiką (= klaidingas įsivaizdavimas, jog yra atsakomybę šalinanti (pateisinanti) situacija; olg. BGHSt 31, 264, 286; BGH NStZ 83, 500; 88, 269; OLG Karlsruhe NStZ 82, 123; OLG Hamm NJW 87, 1034).

Pavyzdys. S pasivaikščiojimo metu smogia lazda prie jo prisiartinusiam (iš tikrųjų nepavojingam ir taikiam) valkatai L, kurį palaiko plėšiku, norinčiu jį užpulti (= tariamoji būtinoji gintis). Turi būti taikomi §223, 223 a, ar tik §230?

Psichologinė situacija: kaltininkas žino, jog jis savo elgesiu įvykdo įstatyminę veikos sudėtį; taigi anksčiau pateiktame pavyzdyje §223, 223 a įspėjamoji funkcija pasiekia S. Tačiau socialinę įvykio prasmę jis suvokia neadekvačiai; visai be pagrindo padarytas L sužalojimas S požiūriu – savigynos ir savo interesų apsaugos aktas. Todėl jo veikos sudėties tyčia nėra nukreipta prieš teisėtvarkos vertybes; teisėtvarka jam leistų taip elgtis, jeigu aplinkybės, kurias kaltininkas manė iš tikrųjų esant, egzistuotų. Federaliniame teisme vieną kartą buvo pareikšta (BGHSt 3, 105, 107), jog asmuo, kuris ką nors daro veikiamas klaidos dėl leidžiančios veikos sudėties, paprastai yra ištikimas teisei; jis nori vykdyti teisinius įsipareigojimus, bet tai jam nepavyksta tik klaidingai suvokus situaciją ir manant, jog jis turįs teisę taip veikti.

Teisinius padarinius BK nutyli. Vyraujanti nuomonė (dažniausiai vadovaujantis ribotos kaltės teorijos pagrindinėmis nuostatomis), tokiais atvejais skirtingai motyvuojant, bet vieningai remiantis §16 I 1, paneigia galimybę baudžiamojon atsakomybėn patraukti už atitinkamą tyčinę veikos sudėtį. Jų teigimu, klaida dėl leidžiančios nusikaltimo sudėties pagal teisinius padarinius bent jau klaidai dėl veikos sudėties prilygsta tiek, kad abiem atvejais negalima traukti baudžiamojon atsakomybėn už tyčinę veiką (pagal čia atstovaujamą požiūrį dėl tyčinės kaltės nebuvimo; išsamiau žr. 478 ir toliau). Kaltininko traukimo baudžiamojon atsakomybėn už pagal aplinkybes egzistuojančią neatsargios veikos sudėtį (§16 I 2) galimybė išlieka. Anksčiau pateiktame pavyzdyje S negali būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn pagal §223, 223 a, tačiau gali būti kaltinamas pagal §230, jeigu jis situaciją įvertino nepakankamai rūpestingai ir dėl to elgėsi neatsargiai (tai priklauso tik nuo konkrečios situacijos).

Kiti požiūriai. Pagal griežtą kaltės teoriją (dažniausiai atstovaujamą finalininkų) tokiais atvejais turi būti taikomas §17 su jame numatytais padariniais, nes pagal šią teoriją kiekviena klaida dėl veikos priešingumo teisei, nepriklausomai nuo jos priežasčių, turi būti priskiriama klaidų dėl draudimo sričiai (plg. Nr. 466). Tyčios teorijoje priešingai – paneigiant tyčią, kai trūksta neteisėtumo suvokimo, daroma išvada apie būtinybę taikyti §16 I (žr. Nr. 459 ir *Schmidhäuser*, JR 79, 361).

817 b) Paprasta klaida dėl leidimo daroma tada, kai kaltininkas nesuvokia atsakomybę šalinančių (pateisinančių) pagrindų ribų, arba kai jis mano, jog egzistuoja atsakomybę šalinantis (pateisinantis) pagrindas, kuris teisėtvarkos nėra pripažintas.

Pavyzdys. Gindamasis nuo apiplėšimo, boksininkas B išmušė jaunam plėšikui R iš rankų pistoletą. Po to R bandė pabėgti, bet B jį pasivijo ir sumušė, klaidingai manydamas, jog būtinąją gintį reglamentuojančios taisyklės taip elgtis leidžia. Arba moteris F suduoda keletą antausių šešiolikmetei namų darbininkei H, nes ji be galo tingi, F mano, jog ji, kaip darbdavė, norėdama paauklėti H, turi teisę ją bausti.

Psichologinė situacija: asmens, darančio veiką, vertybių įsivaizdavimas šiuo atveju (priešingai negu Nr. 816) neatitinka pačios teisėtvarkos. Esant faktinėms aplinkybėms, kurios atsiradusios anksčiau minėtu atveju ir kurios asmens buvo teisingai suvoktos, įstatymas draudžia ir pasmerkia tokius veiksmus (dėl sėkmingai atremto ir galutinai pasibaigusio užpuolimo šiuo atveju nėra daugiau būtinosios ginties situacijos; nėra ir teisės bausti, kurią esant manė F).

Teisiniai padariniai. Pagal vyraujančią nuomonę klaidos dėl leidimo (kaip netiesioginės klaidos dėl draudimo) atveju turi būti vadovaujamasi taisyklėmis, numatytomis §17 ir taikomomis tiesioginės klaidos dėl draudimo atveju. Atrodo, kad tai teisinga, nes kaltininkas tuo atveju, kai nebuvo galimybės išvengti klaidos (nesant kaltės), turi būti apsaugotas nuo bausmės, o tuo atveju, kai klaidos buvo įmanoma išvengti, jis turi atsakyti už klaidingą vertinimą. Siaurose kriminalinės baudžiamosios teisės ribose iš kiekvieno sąmoningo asmens gali būti reikalaujama daryti socialiai ir etiškai teisingus vertybinius sprendimus.

Kiti požiūriai. Tyčios teorija ir šiuo atveju paneigia tyčinės veikos buvimą; ši išvada daroma (neteisingai) nurodant, kad neteisėtumo suvokimas priklauso „tyčiai“.

818 4. Klaida dėl kaltę šalinančių pagrindų buvimo.

819 a) Klaidingas manymas, jog egzistuoja dalykinės, pripažintos kaltę šalinančių pagrindų prielaidos.

Pavyzdys. Cirko vaidinimo metu egzotiškai atrodantis, neįprastai didelis šuo patenka į žiūrovų palapinę. Daugelis žiūrovų, klaidingai manydami, jog pabėgo plėšrus žvėris, ir dėl to apimti paniškos baimės, puola prie išėjimo. A, norėdamas išvengti tariamo pavojaus, mosuodamas kumščiais sužeidžia daug asmenų, bet taip prasiskina kelią į lauką. Ar reikia traukti A baudžiamojon atsakomybėn pagal §223?

Psichologinė situacija. Kaltininkas žino, jog daro priešingą teisei veiką. Bet jis mano, jog egzistuoja aplinkybės, kurios iš tikrųjų egzistuodamos padarytų jo elgesį nekaltu (plg. §35 I).

Teisiniai padariniai. Pagal §35 II esant tokio pobūdžio neišvengiamai klaidai kaltinimas negali būti pareikštas. Jei klaidos buvo įmanoma išvengti, tai bausmė (pavyzdiniu atveju bausmė už tyčią pagal §223), remiantis §41 I, turi būti švelninama (= privalomas bausmės švelninimo pagrindas, §35 II).

820 b) Klaida dėl kaltę šalinančio pagrindo egzistavimo ar jo teisinių ribų

Pavyzdys. Liudytojas Z teisme melagingai prisiekia (§154), nes jam buvo pagrasinta supjaustyti naujas jo automobilio padangas, jei jis duos teisingus parodymus (= pavojus Z materialinėms vertybėms). Z mano, kad dėl šio grasinimo jis veikia nekaltai (tačiau plg. vienareikšmišką §35 I formuluotę apie būtinąjį reikalingumą pagrindžiančius gėrius).

Psichologinė situacija. Z žino, jog veikia neteisėtai. Teisingai suvokdamas veikos situaciją, jis daro neteisingą išvadą apie jo elgesio nebaudžiamumą.

Teisiniai padariniai. Pagal bendrą nuomonę, klaida dėl kaltę šalinančio pagrindo egzistavimo ar jo teisinių ribų pareiškiant kaltinimą reikšmės neturi. Tačiau į ją gali būti atsižvelgta nustatant bausmę (§46 II).

821 5. Klaida dėl asmeninių bausmę šalinančių pagrindų.

822 a) Klaidingas įsivaizdavimas, jog egzistuoja bausmę šalinančios veikos aplinkybės.

Pavyzdys. Mergina F savo sužadėtiniui V, kurio dėl banko apiplėšimo ieško policija, sudaro sąlygas pabėgti į užsienį. Vėliau paaiškėja, kad F ir V (V dar buvo susituokęs su kita moterimi) nebuvo susižadėję, todėl sužadėtuvės negalėtų turėti kokių nors padarinių. F anksčiau apie tai nieko nežinojo. Ar reikia F traukti baudžiamojon atsakomybėn pagal §258?

Psichologinė situacija priklauso nuo konkretaus atvejo aplinkybių ir kartais yra susijusi su dvasinio konflikto būsena. Tačiau kaltininkas žino, kad jis daro priešingą teisei veiką.

Teisinių padarinių įstatymas nereglamentuoja. Vyraujanti nuomonė siūlo vadovautis vien objektyvia situacija, t.y. atitinkamos aplinkybės faktiniu buvimu, o kaltininko įsivaizdavimui neteikti jokios reikšmės (plg., RGSt 61, 270; *Jescheck*, AT §53 III 1). Taip yra ir dėl to, kad teisės moksle asmeninių bausmę šalinančių pagrindų ribos dažnai nevienodai suvokiamos, ir dalis atitinkamų taisyklių yra priskiriamos prie kaltę šalinančių pagrindų (žr. *Jescheck*, AT §42 II 1). Teisingiausia būtų pritarti dabartinėms mokslo tendencijoms ir atlikti tokią diferenciaciją;

1) objektyvia situacija ir grynai faktiniais duomenimis reikėtų vadovautis tuo atveju, kai atleidimas nuo bausmės pagal įstatymą buvo numatytas dėl politinių reikmių ar remiantis kriminaliniais ir politiniais tikslingumo apmąstymais (pvz., §36, kuriuo siekiama apsaugoti parlamentinę pasisakymo laisvę);

2) jeigu šalinant bausmę remiamasi su kalte susijusiais argumentais, ypač tuo, kad įstatymo leidėjas panašiomis konfliktinėmis situacijomis atsižvelgė į būtinąjį reikalingumą, tai į kaltininko įsivaizdavimą turi būti kreipiamas dėmesys, ir jis neturi būti baudžiamas net jam ir klaidingai manant, jog egzistuoja įstatyme numatytos prielaidos.

Pirmiausia reikšmingas §258 VI. Kai kurie autoriai čia pasisako už §35 II taikymą pagal analogiją (*Eser/Burkhardt*, Strafrecht I, S. 225), tačiau vyrauja požiūris, pagal kurį pirmenybė turi būti teikiama teleologiniais apmąstymais pagrįstam bausmę šalinančio pagrindo (įstatyme objektyviai suformuluoto) subjektyvizmui (išsamiau žr. Nr. 499 ir toliau; *Sch-Sch-Stree*, §258, Nr. 38; *Warda*, Jura 79, 286, 292). Dėl to anksčiau minėtame pavyzdyje F pagal §258 VI liktų nebaudžiama, nes ji elgdamasi klydo manydama, kad nuo baudžiamojo persekiojimo ji siekia apsaugoti artimąjį (§11 I Nr. 1 a).

823 b) Klaida dėl asmeninio bausmę šalinančio pagrindo buvimo ar jo teisinių ribų.

Pavyzdys. Slepiamas draugo padarytas nusikaltimas, klaidingai manant, kad „artimuoju“ §258 VI prasme turi būti laikomas kiekvienas kaltininkui artimas asmuo (plg. §11 I Nr. 1).

Psichologinė situacija. Kaltininkas žino, jog elgiasi neteisėtai. Jis teisingai suvokia situaciją, bet daro klaidingas išvadas apie patraukimą už tokį elgesį baudžiamojon atsakomybėn.

Teisiniai padariniai. Paprasta „klaida dėl patraukimo baudžiamojon atsakomybėn“, nepakeičianti veikos smerktinumo, pagal bendrą požiūrį yra nereikšminga.

824 6. Klaida dėl objektyvių patraukimo baudžiamojon atsakomybėn sąlygų.

Pavyzdys. A skleidžia B garbę žeidžiančias žinias manydamas, jog jų tikrumą galima įrodyti. Baudžiamojo proceso, kurį prieš A pradeda B (StPO 374 I Nr. 2), metu nepavyksta įrodyti, kad šios žinios tikros.

Psichologinė situacija. Kaltininko klaidingas įsivaizdavimas apima aplinkybes, kurios yra kitapus neteisėtumo ir kaltės, ir dėl jų rizika tenka kaltininkui.

Teisiniai padariniai. Tokio pobūdžio klaida nėra reikšminga (plg. BGHSt 21, 334, 365 ir Nr. 148 ir toliau). A turi būti baudžiamas pagal §186 – už šmeižimą.

825 7. Klaida dėl baudžiamojo persekiojimo prielaidų.

Pavyzdys. Sutuoktinis M savo žmonos F skalbinių spintoje suranda voką, kuriame yra 1000 markių. M pasisavina pinigus manydamas, jog tai pinigai, kuriuos F laimėjo loterijoje ir nuslėpė. Iš tikrųjų pinigai priklauso kaimynei N, kuri juos davė F laikinai pasaugoti. Ar M turi būti patrauktas baudžiamojon atsakomybėn?

Psichologinė situacija. M žino, jog daro vagystę. Jo klaida susijusi vien su aplinkybėmis, nuo kurių (šiuo atveju – pareiškimo pagal §247 būtinybė) priklauso tik baudžiamojo persekiojimo leistinumas.

Teisiniai padariniai. Tokia klaida yra nereikšminga; svarbi tik objektyvi situacija (plg. BGHSt 18, 123). Kadangi įvykdant veiką buvo pakenkta kaimynei N, todėl nėra §247 numatytų prielaidų ir pareiškimas nebūtinas, o baudžiamasis procesas turi prasidėti teisėsaugos institucijų iniciatyva (BPK §160, 152 II).

826 B klaidingi įsivaizdavimai ir žinių trūkumai, galintys klystančiajam turėti neigiamą poveikį.

827 1. Klaida dėl aplinkybių, priklausančių įstatyminei veikos sudėčiai.

828 a) Klaidingas manymas, jog egzistuoja objektyvios neteisėtos veikos sudėties požymiai (= atvirkštinė klaida dėl veikos sudėties).

Pavyzdys. A, norėdamas tyčia nužudyti lovoje gulintį B, šauna į jį nežinodamas, jog šis ką tik mirė nuo širdies infarkto. Kitas atvejis: kavinės svečias G iš rūbinėje kabančio M apsiausto kišenės paima piniginę su pinigais. Tualete apžiūrėjęs grobį G nustemba pamatęs, kad jis paėmė savo piniginę, kurią pametė eidamas į kavinę.

Psichologinė situacija. Kaltininkas nesuvokia savo veiksmų socialinės reikšmės. Jis mano, jog egzistuoja aplinkybės, kurioms iš tikrųjų egzistuojant, jis būtų įvykdęs atitinkamą baudžiamosios veikos sudėtį.

Teisiniai padariniai. Tokio pobūdžio „atvirkštinė klaida dėl veikos sudėties" lemia jos vertinimą kaip netinkamą pasikėsinimą, už kurį turi būti traukiama baudžiamojon atsakomybėn, jei už pasikėsinimą padaryti šį deliktą yra numatyta bausmė. Būtent taip yra šiuo atveju (žr. §23 I, §212, 211 ir §242 II santykį).

829 b) Nežinojimas, kad egzistuoja priveligijuojantys veikos sudėties požymiai.

Pavyzdys. Moteris F, kurios sutuoktinis M jau kelis mėnesius atlieka laisvės atėmimo bausmę, pagimdo vaiką ir tuojau po gimdymo jį nužudo. Ji mano, kad vaiko tėvas yra M, nors iš tikrųjų tėvas yra jos meilužis L. Ar reikia baudžiamojon atsakomybėn traukti

pagal §217 (nes objektyviai vaikas yra nesantuokinis šios normos prasme), ar pagal §212 (nes F manė, kad vaikas yra santuokinis)?

Psichologinė situacija. F žino, kad ji nužudo žmogų. Ji nėra kritinėje būsenoje, dvasinėje konfliktinėje situacijoje, kad §217 galėtų būti taikomas kaip priveligijuojanti norma (dėl jos klaidingo įsivaizdavimo apie vaiko kilmę).

Teisiniai padariniai. Nesantuokoje gimdančioji pagal §217 yra priveligijuojama ne dėl mažesnio neteisėtumo, o tik dėl mažesnės kaltės veikoje (išsamiau žr. *Wessels*, BT/1, Nr. 158). Bet kaltė nėra mažesnė tada, kai vaiko motina nežino aplinkybių, nuo kurių pagal įstatymą priklauso veikos priveligijuotumas. Todėl objektyviai suformuluotas (specialus) „nesantuokiškumo" kaltės požymis pagal šios normos prasmę ir tikslą turi būti interpretuojamas subjektyviai; čia svarbi ne objektyvi situacija, o vaiko motinos įsivaizdavimas (plg. *Jescheck*, AT §29 V 5 b; *Warda*, Jura 79, 113, 115). F turi būti baudžiama pagal §212 už baigtą gyvybės atėmimą (jeigu nėra nužudymo požymių §211 prasme).

Kai kurių teisės teoretikų požiūris, jog esant priveligijuojantiems požymiams, mažinantiems neteisėtumą, svarbi objektyvi situacija, o ne kaltininko žinojimas apie šias aplinkybes (*Jescheck*, AT §29 V 5 b; *Sch-Sch-Cramer*, §16, Nr. 28), praktiškai nėra svarbus, nes tokių atvejų galiojančioje teisėje beveik nepasitaiko (pvz., galima galvoti apie §109 II santykį su §109 I).

830 2. Klaida dėl draudžiamos normos, kai kaltininkas galvoja, jog nusižengia baudžiamosios teisės draudimams ir įpareigojimams, kurie iš tikrųjų neegzistuoja ar kuriuos kaltininkas išplečia savo nenaudai (= atvirkštinė klaida dėl draudimo).

Pavyzdys. Klaidingai manydamas, kad §173 draudžia lytiškai santykiauti ir svainiams bei už tokį elgesį nustato sankciją, sutuoktinis M suvilioja lytiškai santykiauti savo pilnametę svainę S. Kaip tokį įvykį reikėtų vertinti baudžiamosios teisės požiūriu?

Psichologinė situacija. Kaltininkas teisingai suvokia situaciją ir savo veiksmų socialinę reikšmę. Tačiau baudžiamasis teisinis draudimas egzistuoja tik jo vaizduotėje, iš tikrųjų taip elgtis jam nedraudžiama.

Teisiniai padariniai. Tokio pobūdžio „atvirkštinė klaida dėl draudimo" lemia nebaudžiamumo tariamą deliktą (išsamiau žr. Nr. 662; BGFSt 14, 345; *Herzberg*, JuS 80, 469; *Burkhardt*, JZ 81, 681).

831 Klaida dėl atsakomybę šalinančių (pateisinančių) pagrindų.

832 a) Priešingo įstatymui veiksmo darymas nežinant, kad egzistuoja objektyvios atsakomybę šalinančio (pateisinančio) pagrindo prielaidos (= atvirkštinė klaida dėl leidimo veikos sudėties).

Pavyzdys. A, norėdamas supykdyti savo kaimyną N, prieš vidurnaktį išdaužia jo miegamojo langą. Savo veiksmais, nors to nenorėdamas, A išgelbsti N ir jo artimųjų gyvybę, nes atsibudęs N pajunta stiprų dujų kvapą ir dujų vamzdyje virtuvėje aptinka defektą. Taigi paskutinę minutę pavyksta išvengti pavojaus (užsukus pagrindinį čiaupą, atidarius visus langus, iškvietus gelbėjimo tarnybą ir t.t.). Kaip tokį įvykį reikėtų vertinti baudžiamosios teisės požiūriu?

Psichologinė situacija. Įvykdydamas įstatyminę veikos sudėtį (šiuo atveju §303), kaltininkas veikia norėdamas ne išgelbėti, o užpulti. Savo veiksmų socialinę reikšmę jis suvokia ne visai, nes nežino apie atsakomybę pašalinančią (pateisinančią) situaciją (plg. BK §34).

Teisiniai padariniai. Subjektyvių atsakomybę šalinančių (pateisinančių) pagrindų nebuvimas reiškia konkrečios veikos priešingumą teisei. Pagal vyraujančią nuomonę tokioje situacijoje turi būti baudžiama už baigtą tyčinę veiką (BGHSt 2, 111; 3, 194; D-*Tröndle*, §34, Nr. 18). Teisės moksle dažniausiai pasisakoma už pasikėsinimą reglamentuojančių taisyklių taikymą pagal analogiją, nes padarinių žalingumą kompensuoja objektyviai egzistuojanti atsakomybę šalinanti (pateisinanti) situacija, o veikos žalingumo turinys, kaip ir netinkamo pasikėsinimo atveju, apsiriboja subjektyviu poelgio žalingumu, kuris pasireiškia noru pažeisti teisę (išsamiau žr. Nr. 279; *Jescheck*, AT, §31 Iv 2; *Maurach-Zipf*, AT §25, Nr, 34; KG GA 1975, 213).

833 b) Klaida dėl kaltininko per siaurai suvokiamo atsakomybę šalinančio (pateisinančio) pagrindo teisinių ribų (= atvirkštinė klaida dėl leidimo).

Pavyzdys. Psichinis ligonis G pagriebia E priklausantį portfelį ir bando su juo pabėgti. E atsiima iš G neteisėtai įgytą grobį spirdamas jam į koją ir jį pargriaudamas. Tai darydamas E galvoja, kad būtinoji gintis prieš psichinius ligonius neleidžiama ir BK §32 nenumato galimybės padaryti kūno sužalojimą saugant daiktines vertybes. Koks turėtų būti vertinimas baudžiamosios teisės požiūriu?

Psichologinė situacija. Teisingai suvokdamas situaciją ir gindamas savo teisinį gėrį, E neteisingai ir savo nenaudai supranta tik teisiškai leistinas gynybos ribas (šiuo atveju – gynybinės valios būsenoje daromą būtinąją gintį).

Teisiniai padariniai. Veikos teisėtumui (§223 kartu su §32) įtakos tokia klaida neturi. Gryna vertinimo klaida paremtas įsivaizdavimas, jog elgesys yra nepateisinamas, nulemia tariamą deliktą, už kurį nėra baudžiama (išsamiau žr. Nr. 622).

834 4. Klaida dėl kaltę šalinančių pagrindų.

835 a) Baudžiamosios veikos sudėties įvykdymas nežinant, kad egzistuoja objektyvios pripažinto kaltę šalinančio pagrindo prielaidos.

Pavyzdys. Z liudydamas teisme melagingai prisiekia dar nežinodamas, kad išvakarėse jam buvo pagrasinta raštu (į pašto dėžutę, kurios Z dar nebuvo atidaręs, įmestas raštelis, jog jis „neišeis iš teismo pastato gyvas, jei pasakys tiesą“. Koks turėtų būti vertinimas baudžiamosios teisės požiūriu?

Psichologinė situacija. Kaltininkas žino, kad daro priešingą teisei veiką. Kadangi jis nieko nežino apie grasinimą ir pavojų savo gyvybei, jam neturi įtakos psichologinė prievarta.

Teisiniai padariniai. Kaltininko, nežinančio apie objektyviai egzistuojančią būtinojo reikalingumo situaciją, naudai kaltę šalinantis pagrindas, numatytas §35 I, negali būti taikomas. Z turi būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn pagal §154.

836 b) Klaida dėl atitinkamo kaltę šalinančio pagrindo, kurį kaltininkas per siaurai supranta, teisinių ribų.

Pavyzdys. Būtinojo reikalingumo situacijoje §35 I prasme našlys W išgelbėja (jam daug metų padedančią) namų ekonomę H nuo didelio pavojaus jos gyvybei, bet tai padaro B sąskaita. B žūsta. Tokią galimybę W buvo numatęs. W buvo įsitikinęs, kad įstatymas kaltę pašalina tik tada, jei gelbstimi „giminaičiai“. Koks vertinimas baudžiamosios teisės požiūriu?

Psichologinė situacija. Čia kaltininkas yra veikiamas §35 I numatytų motyvų.

Teisiniai padariniai. Kadangi H anksčiau pateiktame pavyzdyje W yra „artimas asmuo", tiek objektyviai, tiek subjektyviai yra įvykdytos visos §35 I prielaidos, todėl klaidingas vertinimas netrukdo kaltę šalinantį pagrindą taikyti W naudai.

837 5. Klaida dėl asmeninių bausmę šalinančių pagrindų.

838 a) Elgesys, kai nežinoma apie bausmę šalinančias aplinkybes.

Pavyzdys. A policijos ieškomam teroristui, kuris per tarpininkus užmezgė kontaktą, nes nori likti neatpažintas, padeda pabėgti į užsienį. Tik vėliau A sužino, kad šis teroristas – jo svainis S. Ar A nebus traukiamas baudžiamojon atsakomybėn pagal §258 VI?

Psichologinė situacija. Kaltininkas žino, kad jis daro priešingą teisei veiką; be jokio dvasinio konflikto savo noru veikia priešingai teisei.

Teisiniai padariniai. Pagal Imperijos Aukščiausiojo Teismo[3] sprendimą (RGSt 61, 270) reikšmė turi būti teikiama tik objektyviai situacijai; pagal tai A, remdamasis §258 VI ir §11 I Nr. 1 a, neturėtų būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn. Tačiau kalbant apie bausmę pašalinančius pagrindus, egzistuojančius dėl jų panašumo į būtinojo reikalingumo konfliktinę situaciją ir todėl priskiriamus kaltės sferai, tai neįtikina. Nebaudžiamumas pagal §258 VI yra negalimas, jei kaltininkas nežino, kad jis veikia artimųjų naudai (žr. Nr. 499 ir toliau).

839 b) Klaida dėl asmeninio bausmę šalinančio pagrindo egzistavimo ir teisinių ribų.

Pavyzdys. A padeda savo svainiui S (ieškomam dėl banko užpuolimo) pabėgti į užsienį. A mano, kad jo elgesys yra baudžiamas, nes nežino apie §258 VI įtvirtintą taisyklę. Koks vertinimas baudžiamosios teisės požiūriu?

Psichologinė situacija. Veikos darymo metu A buvo veikiamas motyvų, susijusių su §258 VI.

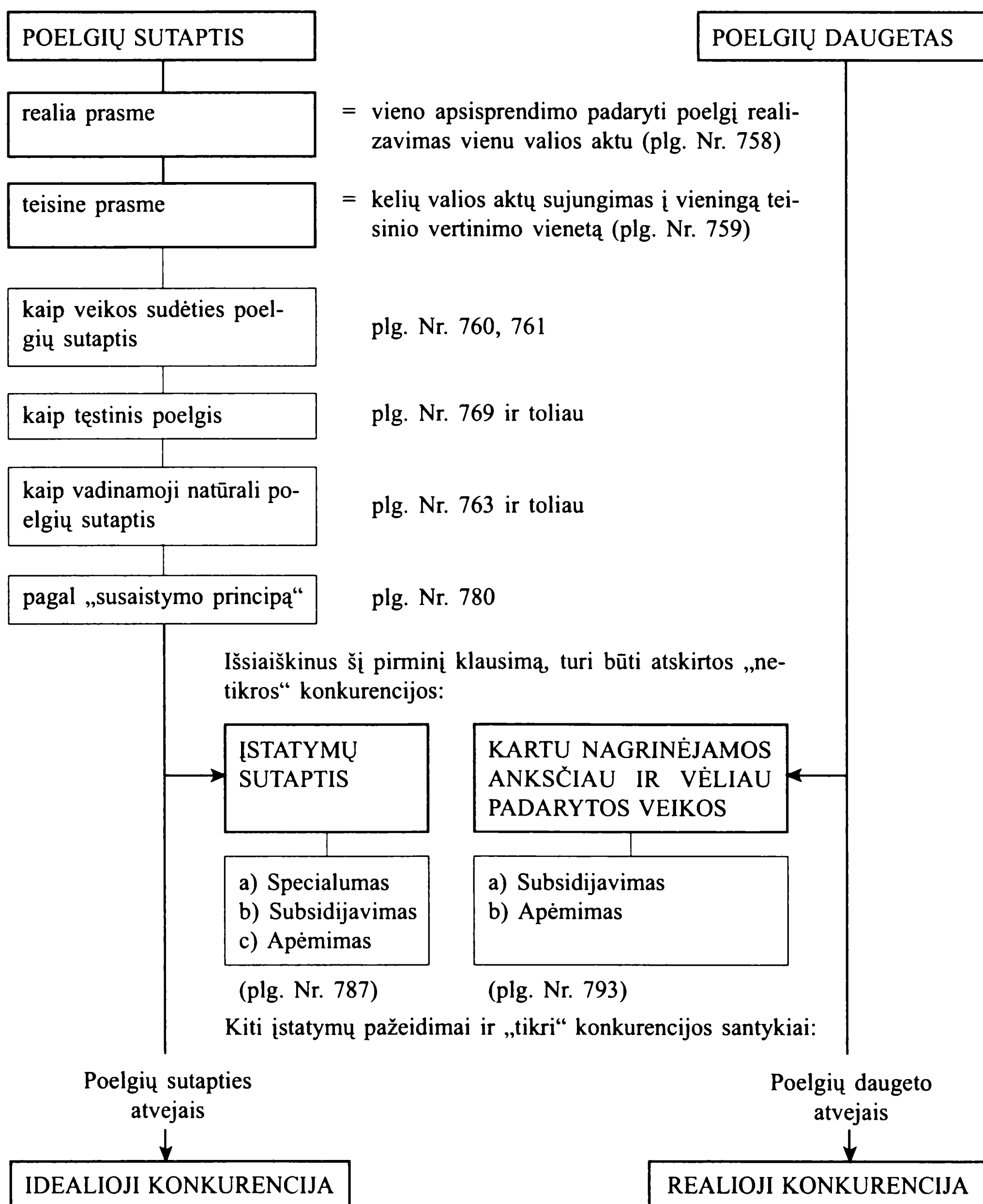
Teisiniai padariniai. Tai, jog klaidingai manoma, kad elgesys yra baudžiamas, esant atitinkamoms aplinkybėms netrukdo taikyti §258 VI.

840 6. Klaidos dėl objektyvių traukimo baudžiamojon atsakomybėn sąlygų ar dėl baudžiamojo persekiojimo prielaidų pagal bendrą požiūrį baudžiamajai teisei nereikšmingos (plg. BGHSt 21, 334, 365; 18, 123).

[3] 1879–1945 metais Vokietijoje veikęs teismas.

841 VI. Konkurencijų apžvalga

Jeigu kaltininkas pažeidžia kelis baudžiamuosius įstatymus ar tą patį baudžiamąjį įstatymą kelis kartus, tai konkurenciją nagrinėti, remiantis §52, 53, reikia pradėti nuo svarstymo, ar buvo padarytas „vienas", ar „keli" poelgiai. Išeities taškas visada yra klausimas, ar yra.



(Jeigu išimtiniais atvejais anksčiau minėtas „susaistymo" principas nepagrindžia veikų sutapties.)

§19. PATEIKTŲ ATVEJŲ SPRENDIMO METODAI

842 Nurodymus apie baudžiamosios teisės atvejų sprendimą ir kitas metodines nuorodas pateikia ir *Baumann/Arzt/Weber*, Strafrechtsfälle und Lösungen, 6. Aufl. 1986; *Dencker*, 30 Klausuren aus dem Strafrecht, 3. Aufl. 1994; *Geilen*, Jura 79, 536; *Jung/Müller-Dietz*, Anleitung zur Bearbeitung von Strafrechtsfällen, 1983; *Kienapfel*, Strafrechtsfälle, 9. Aufl. 1989; *Maurach/Gössel*; Fälle und Lösungen (Strafrecht), 6. Aufl. 1992; Otto, Übungen im Strafrecht, 4. Aufl. 1995; *Roxin/Schünemann/Haffke*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 1982; *Rudolphi*, Fälle zum Strafrecht AT, 3. Aufl. 1992; *Seier/Jörgens*, Aufbauschemata im Strafrecht, JA-Übungsblätter 1980, 49, 103 ir 154; *Scheffler*, Jura 94, 549; *Schwind/Franke/Winter*, Übungen im Strafrecht für Anfänger, 4.Aufl. 1994; Tiedemann, Die Anfängerübung im Strafrecht, 2. Aufl. 1993. Plačiau žr. *Ingeborg Puppe*, Juristische Methodenlehre für die Strafrechtshausarbeit, JA 89, 345. Kritiką žr. *Herzberg*, JuS 90, 728, 810; *Schlehofer*, JuS 92,572, 659.

Ir baudžiamojoje teisėje galioja nuostata, kad „taisyklinga sandara" nėra savitikslė, o tik pagalbinė priemonė siekiant tikslo – laipsniškai nagrinėjant paprasčiausiai ir greičiausiai gauti teisingą atvejo sprendimą.

I. Situacijos ištyrimas

843 Pirma metodiškai teisingos veiklos prielaida – suvokti situaciją. Atvejį tirti reikia pradėti nuo faktinės pusės ir nešališko situacijos suvokimo.

Reikia vengti ką nors savavališkai keisti ar dirbtinai interpretuoti užduotį. Kilus abejonių, situacija turi būti suprantama taip, kad labiausiai atitiktų tikrovę, bendrą gyvenimo patyrimą ir įprastines situacijas.

Jeigu, pvz., trūksta tikslių duomenų apie veikos laiką ir vietą arba kaltininko amžių, pilietybę ar psichinę būseną, tai reikia vadovautis tuo, kad įvykis vyko čia ir dabar, t.y. šalies viduje, kad galioja Vokietijos teisė ir kad veikiantis asmuo yra pilnametis ir pakaltinamas.

Išimtys iš šių įprastų aplinkybių galimos tik tada, kai apie tai aiškiai užsimenama tekste.

Jeigu asmuo, tiriantis bylą, mano, kad situacija aprašyta neišsamiai kitais aspektais, į tai turi būti atkreiptas dėmesys.

Kol neaišku, kokiai baudžiamosios veikos sudėčiai situacijos aprašyme nenurodyti duomenys gali būti svarbūs, yra per anksti bandyti atsakyti į klausimą dėl spragos situacijoje ir mėginimo šią spragą užpildyti. Tačiau patartina atitinkamoje vietoje „pasižymėti atminčiai", kad vėliau atliekant teisinį tikrinimą tai nebūtų pamiršta; po to reikia aiškintis, ar spraga iš tikrųjų yra, ir ją galima pašalinti išsiaiškinus situaciją, ar yra būtina pateikti alternatyvių sprendimų.

Skaityti užduotyje formuluojamus klausimus reikia labai atidžiai, ypač tada, kai klausimo formulavimas yra susijęs su tam tikrais apribojimais.

Jeigu klausimas yra baigiamas nuoroda „Pareiškimas nebuvo pateiktas", vadinasi, deliktų, už kuriuos persekiojama tik esant atitinkamam pareiškimui, nagrinėti nereikia.

II. Teisinis atvejo tikrinimas

844 Jeigu asmuo, tiriantis bylą, iki galo išsiaiškina situaciją ir užduotyje pateiktus klausimus, tai būtina teisiškai tikrinti svarstant, į kokias baudžiamųjų veikų sudėtis ir kokias ypatingas jų įvykdymo formas (pvz., veikimu ar neveikimu, tyčia ar neatsargiai veika užbaigiama ar pasikėsinama ją padaryti, vykdoma ar bendrininkaujama veikos padaryme) reikia kreipti dėmesį.

Svarbiausia šio skyriaus darbo kryptis turi būti pastangos kuo tiksliau nurodyti teisiniu požiūriu esminius dalykus ir sprendžiant nereikšmingus atvejus vengti nereikalingų svarstymų.

Metodiškai nepriekaištingą ir racionalų darbo būdą garantuoja vadovavimasis tam tikromis konkrečiai situacijai pritaikytomis sandaros taisyklėmis. Šiuo atveju būtina skirti logikos dėsnius ir paprastas tikslingumo taisykles.

845 1. Logikos dėsniai yra privalomi, kiekvienoje situacijoje į juos turi būti atsižvelgiama. Galima pateikti tokių pavyzdžių:

846 a) Prie pasikėsinimo esmės priskiriama tai, kad baudžiamosios veikos nėra baigtos. Todėl nagrinėti pasikėsinimą turi būti pradėta (bent jau labai trumpai) konstatuojant, nurodžius priežastį, jog negali būti traukiama baudžiamojon atsakomybėn už baigtą veiką.

Asmuo, tiriantis bylą, atsižvelgdamas į §23 I, taip pat turi kuo greičiau išsiaiškinti, ar iš viso už pasikėsinimą padaryti atitinkamą baudžiamąją veiką yra numatyta sankcija, pvz., §223 ir §266 atvejais to nėra.

847 b) Kurstymas ir padėjimas priklauso nuo pagrindinės priešingos teisei veikos padarymo, todėl jie, dėl jų nesavarankiškumo prigimties, neturi būti tikrinami ir nustatomi (bent jau neizoliuotai) prieš nagrinėjant pagrindinę veiką.

848 c) Nesant „baudžiamosios veikos“, nėra ir „kaltininko“! Prieš nusprendžiant, ar kas nors yra vykdytojas ar bendravykdytojas, turi būti ištirta, kokią baudžiamosios veikos sudėtį jis (vienas ar kartu su kitais) įvykdė (išsamiau žr. Nr. 869 ir toliau).

Taigi iš anksto §25 II apsvarstyti (tai dažnai pasitaiko namų darbuose) būtų klaidinga sprendžiant septynioliktąjį atvejį.

„A ir B pagal §25 II turi būti traukiami baudžiamojon atsakomybėn kaip bendravykdytojai (tai bus paaiškinta plačiau). Dabar aš patikrinsiu, kokias baudžiamąsias veikas jie padarė“!

Priešingai, septynioliktuoju atveju būtų leistina atskirų baudžiamųjų veikų sudėčių požymius (pvz., §239 b I, 177 ir t.t.) sieti vienu metu su A ir B, t.y. pasakyti:

„A ir B galėjo §239 b I numatytą veikos sudėtį įvykdyti kaip bendravykdytojai. Abu sąmoningai ir valingai kartu veikdami įsiviliojo merginas L ir Z į A priklausantį automobilį, panaudodami jėgą jas pagrobė ir nuvežė į J medžioklės namelį, kadangi norėjo jas priversti lytiškai santykiauti; versdami tai daryti, jie grasino merginas nušauti. Todėl jie turi būti traukiami baudžiamojon atsakomybėn už bendrai padarytą įkaitų paėmimą (§239 I, 25 II)“. Apie tai žr. Nr. 789.

849 2. Tikslingumo taisyklės, kitaip nei logikos dėsniai, gali keistis. Vadinasi, ir taip griežtai jų laikytis nėra privaloma, ir jos gali keistis pagal konkretų atvejį. Asmuo, tiriantis bylą, turi parinkti tokį sprendimo būdą, kuriuo vadovaudamasis šį uždavinį galėtų išspręsti greičiausiai. Toliau pateikiamos kelios nuorodos.

850 a) Nagrinėjant baudžiamųjų veikų sudėtis, netikslinga pradėti nuo tų, kurios dėl subsidiarumo ar dėl to, kad yra apimamos, pirmenybę užleidžia kitoms veikų sudėtims.

Septynioliktuoju atveju susitarimas padaryti nusikaltimą (§30 II, 177) turi būti nagrinėjamas tik išnagrinėjus §177 I, 25 II. Taip pat kalbant apie vagystę įsilaužiant, pirmiausia turi būti svarstomi §242, 243 I Nr. 1 ir tik vėliau (labai trumpai) šių nuostatų apėmimas §123, 303.

Šios taisyklės laikymasis apsaugo nuo ilgalaikių svarstymų apie subsidiarus ar apėmimų deliktus; taip labiau akcentuojamos esminės situacijos problemos.

851 b) Savarankiško pobūdžio speciali veikos sudėtis visada turi būti nagrinėjama anksčiau už bendrąją veikos sudėtį (§249 anksčiau prieš §240, 242; §252 prieš §240, 242; septynioliktuoju atveju §177 prieš §240, 241 I, 178 I, 185).

Ši taisyklė įpareigoja iš karto imtis nagrinėti esminius klausimus.

852 c) Tiriant pagrindinės ir kvalifikuotos veikos sudėčių santykį rekomenduojama nuo pat tyrimo pradžios į nagrinėjimą įtraukti kvalifikuotą veikos sudėtį (plėšimo atveju – §249, 250 I Nr. 2 vagystės, padarytos grupės asmenų, atveju – §242, 244 I Nr. 3).

Tai, kokiais atvejais pirmiausia turi būti visiškai išnagrinėta pagrindinė veikos sudėtis (= veikos sudėties atitikimas, priešingumas teisei, kaltė), ar kartu su objektyviais pagrindinės veikos sudėties požymiais turi būti tiriami ir tie patys kvalifikuotos veikos sudėties požymiai, priklauso nuo konkretaus atvejo ypatybių.

Pirmasis iš minėtų kelių rekomenduojamas tada, kai subjektyvus veikos sudėties požymis (pvz., kaltinimas pasisavinti §242, 249 atvejais) turi būti nuneigtas arba tada, kai turi būti taikomas atsakomybę šalinantis (pateisinantis) pagrindas. Tokiais atvejais svarstyti apie kvalifikuotą veikos sudėtį nenaudinga ir to nereikia. Antras kelias yra siūlytinas tada, kai į kvalifikuotos veikos sudėtį įeina modifikuoti pagrindinės veikos sudėties požymiai (pvz., §255 lyginant su §253 = prievarta prieš asmenį užuot buvus paprastai „prievartai“, ar grasinimas gyvybei ir sveikatai, kuris gali būti tuoj pat realizuotas, užuot grasinus padaryti „realią žalą“).

853 d) Deliktų baigimo atveju „veikos sudėties atitikimo“ ribose pirmiausiai būtina tikrinti objektyviuosius ir subjektyviuosius veikos sudėties požymius. Nagrinėjant objektyviuosius požymius tik retais atvejais (pvz., §26) reikia laikytis tam tikros eilės. Apie pasikėsinimo nagrinėjimą žr. Nr. 863.

854 3. Apie situacijos kvalifikavimą pagal atitinkamą įstatyminę veikos sudėtį plg. *Schack-Westermann*, Schwerpunkte BGB Alg. Teil, §21, Nr. 555 ir toliau; tai, kas ten yra pasakyta, atitinkamai taikoma ir baudžiamojoje teisėje.

Užrašyti užduoties sprendimą reikia tik tuomet, kai baigta kvalifikuoti ir asmeniui, tiriančiam bylą, paaiškėjo, kaip situacija turi būti teisiškai vertinama ir kokios išvados, jo manymu, turi būti teisingos. Darbas negali pavykti, jeigu per anksti pradedama rašyti tikintis, jog rašant bus rasti teisingi sprendimai. Nuo tokios „kelionės į nežinomybę" reikėtų susilaikyti.

III. Dėstymo metodai

855 Sprendžiant plačias situacijas (su daugeliu veikos dalyvių) galima naudoti tris dėstymo metodus: chronologinį, dėstymą pagal veikos dalyvius ir dėstymą pagal veikų kompleksus.

856 1. Chronologinis dėstymas orientuojamas į įvykių laiką; kvalifikuojama žingsnis po žingsnio pagal faktinę įvykių seką.

Šio metodo teigiamas bruožas yra tas, kad asmuo, tiriantis bylą, retai ką nors pamiršta, nes užduotį sakinys po sakinio jis praleidžia pro „teisinį malūną".

Svarbiausias chronologinio metodo trūkumas yra tai, kad susiję veikos kompleksai yra išardomi ir veda prie ilgiau trunkančio aprašymo tų veikos sudėčių, kurios, nors ir pirmiausiai buvo įvykdytos, bet teisiškai – dėl subsidijavimo, apėmimo ar specialumo situacijos – nėra savarankiškos.

857 2. Dėstant pagal veikos vykdytojus ir dalyvius, visi traukimo baudžiamojon atsakomybėn klausimai, susiję su kiekvieno asmens elgesiu, sprendžiami atskirai.

Toks dėstymas yra tinkamas ir nesukelia jokių sunkumų, kai situacija nėra labai paini ir visi asmenys dalyvauja (vykdo, kursto, padeda) vienodai.

Tačiau šis metodas yra blogas ir netikslingas tada, kai dalyvavimo formos situacijoje kinta, t.y., kai vienas ir tas pats asmuo yra buvęs ir vykdytoju, ir kurstytoju, ir padėjėju. Kadangi pagrindinę veiką reikia nagrinėti anksčiau negu bendrininkavimą, tai šis dėstymas tokiais atvejais praranda vieningą aiškią liniją.

858 3. Dėstymo pagal veikų kompleksus atveju asmuo, tiriantis bylą, situaciją suskaido į dalis, kurios teisiškai socialiai susijusios ir sudaro uždarą vienetą.

Septynioliktuoju atveju tai pasakytina apie susitarimą nusikalsti (pagrobimo ir pasisavinimo kompleksą); „pasisavinimo dalis" dar gali būti skirstoma į „įsigijimo" ir „panaudojimo deliktus".

Kiekvieną kartą, išsiaiškinus susiejimo ryšius, kiekvienas veikų kompleksas visais teisiniais požiūriais turi būti tiriamas pagal kiekvieną dalyvį, atsižvelgiant į tai, kaip dalyvaujama.

Tai darant reikia laikytis anksčiau minėtų (Nr. 844) dėstymo taisyklių.

Vadinasi, septynioliktuoju atveju subsidiarus susitarimo padaryti nusikaltimą kompleksas (§30 II, 177) turi būti nagrinėjamas tik išnagrinėjus „pagrobimo kompleksą".

Dėstymas pagal veikų kompleksus ypač pranašus tuo, kad čia kiekvienoje dalyje gali būti išspręstos konkurencijos problemos.

Taip didelės apimties namų darbuose konkurencijos problemų nagrinėjimas tampa aiškesnis, nes atitinkamai apibendrinant darbo pabaigoje lieka tik išsiaiškinti atskirų veikų kompleksų tarpusavio konkurencijos santykius (atskirais atvejais tai yra vien tikslingumo klausimas).

Abejotinais atvejais šiam dėstymo metodui teiktina pirmenybė. Tačiau asmuo, tiriantis bylą, ne visada turi elgtis schematiškai, o kiekvienu konkrečiu atveju turi tikrinti, koks dėstymas labiausiai tinka.

859 4. Pats dėstymas turi būti aiškus ir nuoseklus. Jis turi atspindėti asmens, tiriančio bylą, minčių seką, apsaugoti skaitytoją nuo smulkmenų ir kryptingai vesti prie esminių klausimų. Visi esminiai klausimai turi būti aptariami ir visos teisinės problemos aiškiai išnagrinėtos. Kiekvienas teorinis teiginys turi būti siejamas su konkrečia situacija; nuo pradžių reikia vengti abstrakčių svarstymų vadinamuoju vadovėliniu stiliumi, nes tokie svarstymai nėra siejami su kazusu.

Jei, pvz., pagrobus automobilį pasivažinėti yra sunku nustatyti, ar kaltininkas veikė ketindamas pasisavinti (§242), ar tik norėdamas paprasčiausiai pasinaudoti automobiliu, tai dėstydamas kuo greičiau turi būti koncentruojamas į šią problemą. Apie automobilio „svetimumą", jo valdymo ir saugojimo sąvoką bei apie pasisavinimo baigimą turi būti paaiškinta tik trumpai. Nieko negali būti klaidesnio, kaip beribis žinių demonstravimas klausimais, į kuriuos atsakyti nėra problemiška. §240 atveju ilgų aiškinimų apie prievartos sąvoką ir jos atskyrimą nuo grasinimo nereikia, jei yra aišku, kad kaltininkas prievartavimo padarinius „gavo" bent jau grasindamas „padaryti realią žalą". Prieš pradedant nagrinėti teorinį ginčą, reikėtų apsvarstyti, ar pateiktai užduočiai spręsti tai iš viso gali turėti kokios nors reikšmės (tiksliau žr. *Puppe*, JA 89, 345).

Kalbant turi būti siekiama teisinio tikslumo.

Būtų klaidinga pasikėsinimą vadinti baigtu, kai iš tikrųjų jis yra iki galo atliktas. §242, 249 atvejais reikėtų vengti prasmę iškreipiančių sutrumpinimų, kad kaltininkas veikia „turėdamas priešingą teisei ketinimą pasisavinti", nes čia ne ketinimas, o rengimasis pasisavinti turėtų būti priešingas teisei (kol kas to nesuvokia net aukščiausieji teismai; plg. BGH NStZ 87, 71; BayObLG NJW 87, 663). Nebūna kitaip aiškinamų atvejų, o būna tik kitaip dėstomi atvejai (prekės ir atsargos yra saugomos – sandėliuojamos, tačiau tai nėra teisiniai atvejai). Baudžiamosios veikos sudėtį galima įvykdyti arba išpildyti, bet ne „pažeisti", o pažeidžiamas yra baudžiamasis įstatymas. Lygiai taip pat galima nusižengti ne veikos sudėčiai, o tik įstatymui ar normai. Galima tapti „kaltu padarius vagystę" ar „traukiamu baudžiamojon atsakomybėn dėl vagystės"; tai dažnai yra painiojama (išsamiau žr. *Horn*, Jura 84, 499).

860 IV. Dėstymo pavyzdžiai

Toliau pateikiami dėstymo pavyzdžiai rodo sprendimo kelią nagrinėjant atvejį. Jais neturi būti aklai vadovaujamasi kaip pagalbine priemone metodiškai teisingam mąstymui. Jie palieka bylą tiriančiam asmeniui laisvę prisitaikyti prie kiekvieno konkretaus atvejo

specifikos ir, pvz., nesant objektyvaus veikos sudėties požymio, nukrypti nuo pateikiamo eiliškumo, kur tai atrodo esant teisinga ir pagreitina sprendimą.

861 A. BAIGTAS TYČINIS VEIKIMU PADARYTAS DELIKTAS

Išankstinis tikrinimas: elgesio, kaip atitinkamos veikos, remiantis socialine veikos sąvoka (išdėstyti raštu, nes to reikia labai retai).

I. Veikos sudėties atitikimas

1. Objektyvi neteisėtos veikos sudėtis:

a) specialūs poelgį darančio subjekto požymiai, jei išimtiniais atvejais to yra reikalaujama (pvz., buvimas „pareigūnu" §331, 348 ar „liudytoju" §153);

b) poelgis su visais išoriniais požymiais, įskaitant ir ypatingą padarymo būdą bei veikos priemones;

c) poelgio objektas su veikos sudėtį atitinkančiais požymiais;

d) veikos sudėties padarinių atsiradimas, sukėlimas ir objektyvus inkriminavimas tais atvejais, kai pagal padarinius padarytas kvalifikuojamasis deliktas.

2. Subjektyvi neteisėtos veikos sudėtis:

a) veikos sudėties tyčia, apimanti visus objektyvius veikos sudėties požymius, įskaičiuojant ir priežastinę seką pagal padarinius padarius kvalifikuojamą deliktą.

Galimas klaidos dėl veikos buvimas.[4]

b) Kiti subjektyvūs veikos sudėties požymiai (pvz., ypatingi ketinimai, poelgio tendencijos, su neteisėtumu susiję požymiai apie pažiūras).

Išimtis iš veikos sudėties (jei įstatymas išimtiniais atvejais tai numato):

Objektyvios traukimo baudžiamojon atsakomybėn sąlygos (pvz., jei neįrodomi su garbe susiję faktai – §186 arba (dėl to yra ginčijamasi) tarnybinių poelgių §113 III prasme „teisėtumas").

Nuoroda. Kai kurie autoriai mano, kad būtų teisinga objektyvias traukimo baudžiamojon atsakomybėn sąlygas tikrinti (ketvirtoje ar penktoje vietoje) tik išnagrinėjus kaltės klausimą, nes tai leistų paryškinti šių sąlygų specifiką ir jų nepriklausymą nei neteisėtumui, nei kaltei (žr. Nr. 148; plg. *Jescheck*, Fälle und Lösungen zum AT, 1978, S. 182-184; *Schmidhäuser*, AT Anhang/11). Teoriškai toks nagrinėjimas yra nepriekaištingas, bet jis reikalauja nereikalingų svarstymų apie veikos priešingumą teisei ir apie kaltę, jei atitin-

[4] Tyčios inkriminavimas neteisėtos veikos sudėčiai teikia tą panašumą, kad asmuo, tiriantis bylą, paneigęs veikos sudėties tyčią, kur kas anksčiau gali pradėti tikrinti, ar nėra įvykdyta neatsargiai padarytos veikos sudėtis. Vadinamajame „klasikiniame dėstyme" tai būtų galima daryti tik aptarus atsakomybę šalinančius (pateisinančius) pagrindus.

kama baudžiamosios veikos sudėtis konkrečiu atveju nėra įvykdyta, ir dėl to turi būti nuneigta galimybė traukti baudžiamojon atsakomybėn.

II. Priešingumas teisei

Negatyvus tikrinimas: ar neteisėtumą parodantis veikos sudėties įvykdymas nėra pašalinamas dėl atsakomybę šalinančio (pateisinančio) pagrindo buvimo.

1. Atitinkamo atsakomybę šalinančio (pateisinančio) pagrindo objektyvūs požymiai.

2. Subjektyvūs šio pagrindo bruožai.

Atkreipkite dėmesį, kad pratybų ir egzaminų darbuose reikėtų atsisakyti tuščios frazės (kiekvienam bylą tiriančiam asmeniui žinomos), jog priešingumą teisei „signalizuoja" poelgio atitikimas veikos sudėtį.

III. Kaltė

1. Pakaltinamumas (tai, kaip ir *actio libera in causa*, svarstyti reikia tik tada, kai tokią būtinybę pagrindžia situacija).

2. Specialūs kaltės požymiai (jei jie yra atskirose nuostatose minimi kaip, pvz., „piktybiškumas" §223 b).

3. Asmeninis veikos sudėtį atitinkančio, priešingo teisei poelgio akivaizdumas atsiskleidžia keliais atvejais:

a) Tyčinį klaidingą nusiteikimą dėl teisėtvarkos elgesio reikalavimų, kaip „kaltės formą", dažniausiai parodo veikos sudėties tyčia.

Šis netiesioginis įrodymas atkrinta, esant „klaidai dėl leidžiančios veikos sudėties".

b) (Aktualus ar potencialus) neteisėtumo suvokimas. Galima klaida dėl draudimo ar „klaida dėl leidimo".

c) Kaltę šalinančių pagrindų (pvz., §35) taikymas ar jų nebuvimas.

IV. Asmeniniai bausmę šalinantys ar bausmę panaikinantys pagrindai, pvz., giminystė – §258 VI, aktyvi atgaila – §310

V. Pareiškimas ir kitos baudžiamojo persekiojimo prielaidos ar baudžiamojo persekiojimo kliūtys

862 Papildomos nuorodos apie dėstymo problematiką.

Kaip pirmo valstybinio egzamino komisijos pirmininkui man teko girdėti kitų tikrintojų tokią baigiamųjų baudžiamosios teisės darbų kritiką: „Klaidingas dėstymas! Tyčia priklauso kaltei." Ką apie tai galėčiau pasakyti? Deja (nors ir retai), pasitaiko tikrintojų, pratybų vadovų, korektūros asistentų, kurie kritikuoja kvalifi-

kuotojo dėstymą vien dėl to, kad jis nesutampa su jų pačių teoriniais įsitikinimais. Tas, kuris taip elgiasi, ne tik nėra tolerantiškas, bet ir pažeidžia visuotinai pripažintus tikrinimo principus. Atskiru atveju pasirinktas dėstymo būdas yra logiškas ir korektiškas, jei darbe, laikantis tvarkingos minčių sekos ir vadovaujantis įstatyme nustatytais vertinimo lygiais (= veikos sudėties atitikimas, priešingumas teisei, kaltė), yra tiksliai parodytos kvalifikuotojo išeities teorinės pozicijos bei pateikiamas aiškus atskirų dalykinių klausimų nagrinėjimas. Šio principo, pasirinkdamas „dėstymo pavyzdžius", turi laikytis ir pats studentas. Tas, kuris baudžiamosios teisės teorijos klausimais laikosi kitos nuomonės, negu yra dėstoma šios knygos tekste, naudojasi anksčiau pateikta dėstymo schema, ir prireikus turi padaryti išvadas, kad schema jam tiktų. Keletas tokių pavyzdžių.

Tas, kuris nepripažįsta „specialių kaltės požymių" (Nr. 422) egzistavimo ir atitinkamuose traukimo baudžiamojon atsakomybėn reikalavimuose įžvelgia „subjektyvius neteisėtumo požymius" (kaip daro Federalinis teismas ir kai kurie autoriai (plg. BGHSt 1, 368, 371; LK-*Jähnke*, Nr. 47 prieš §211 su kitomis nuorodomis), privalo šiuos požymius anksčiau aptartame dėstymo pavyzdyje aptarti pozicijoje A I 2b ir atitinkamai išbraukti punktą A III 2, šio punkto niekuo nekeisdamas.

Kas ir toliau laikosi vadinamosios neoklasikinės sistemos ir nepripažįsta mokymo apie „dvigubą" tyčios prigimtį (žr. Nr. 142), turėtų pateiktame dėstymo pavyzdyje A I 2a pozicijoje aptariamą veikos sudėties tyčią perkelti į kaltės sferą ir ją priskirti pozicijai A III 3a (plg. Nr. 806 pateiktą dėstymo pavyzdį pagal neoklasikinę mokymo sistemą).

Kurie pirmenybę teikia finaliniam mokymui, anksčiau pateiktame dėstymo pavyzdyje turėtų išbraukti punktą A III 3 a (jo niekuo nepakeisdami), nes čia vienintelės tyčios vieta – subjektyvioje veikos sudėtyje, A I 2 a pozicijoje, ir čia tyčia turi būti iki galo išnagrinėta (apie dėstymą pagal finalinę sistemą žr. Nr. 806).

Išvada. Tam, kuris pateiktą dėstymo pavyzdį pakankamai gerai išnagrinėjo, prireikus pereiti prie kitos dėstymo schemos (pvz., neoklasikinės ar finalinės) turi pavykti be ypatingų sunkumų.

863 B. PASIKĖSINIMAS ĮVYKDYTI TYČINĮ, VEIKIMU PADAROMĄ DELIKTĄ

Išankstinis tikrinimas:

a) Nesant baigtai veikai (konstatavimas, kad objektyvi neteisėtos veikos sudėtis nėra iki galo įvykdyta, nurodant neįvykdymo priežastį[5]).

b) Tikrinimas, ar už pasikėsinimą padaryti šią veiką yra numatyta sankcija.

Atkreipkite dėmesį, kad dėstant raštu išankstinis tikrinimas nebūtinai turi būti pateiktas kaip atskiras skyrius su savo pavadinimu. Dažniausiai svarstymus apie delikto baigimą galima įtraukti į kitus skyrius (išsamiau žr. *Kühl*, JuS 80, 122).

[5] Tyrimo eiliškumą čia pagrindžia situacijos nagrinėjimo eiga, kurioje delikto baigimo klausimas yra svarbiausias. Pagrindiniai bruožai tekste (Nr. 595 ir toliau) išdėstyti priešingai – atsižvelgiant į kaltininko elgesio įvykdymo pakopas.

I. Atitikimas veikos sudėtį

1. Subjektyvi neteisėtos veikos sudėtis (= apsisprendimas padaryti veiką §22 prasme):

a) veikos sudėties tyčia (žr. nurodymus A I 2a);

b) kiti subjektyvūs veikos sudėties požymiai (kaip ir A I 2b).

2. Objektyvi neteisėtos veikos sudėtis:

a) tiesioginis „pradėjimas vykdyti veikos sudėtį";

b) galimi specialūs poelgio subjekto, kaip vykdytojo, požymiai (kaip A I 1 a).

Veikos sudėties išlyga: žr. nurodymus A I.

II. Priešingumas teisei: žr. nurodymus A II (taip pat žr. Nr. 610).
III. Kaltė: žr. nurodymus A III.
IV. Asmeniniai bausmę šalinantys ir bausmę panaikinantys pagrindai, pvz.:

1) nebaigto pasikėsinimo atsisakymas;

2) baigto pasikėsinimo atsisakymas.

V. Pareiškimas (ir t.t.): žr. nurodymus A V.

864 C. NEATSARGI VEIKIMU PADAROMA VEIKA (DELIKTŲ SU PADARINIAIS ATVEJU)

Išankstinis tikrinimas: žr. nurodymus A.

I. Atitikimas veikos sudėtį

1. Veikos sudėties padarinių (pvz., mirties, kūno sužalojimo pagal §222 ar §230 atsiradimas ir sukėlimas).

Atkreipkite dėmesį į tai, kad paprastų veikos deliktų atveju padarinių neatsiranda ir esama veikos sudėtis realizuojama padarant įstatyme aprašytą veikos sudėties poelgį (pvz., melagingai prisiekiant §163).

2. Nesilaikymas žmonių santykiams būtino rūpestingumo (= pareigos būti rūpestingu pažeidimas) tuo atveju, kai buvo objektyviai įmanoma numatyti veikos sudėties padarinius[6]. Aukštesnis neatsargumo laipsnis, jei įstatymas tai numato (pvz., lengvabūdiškumas §345 II).

3. Padarinių objektyvus inkriminavimas atsižvelgiant į:

[6] Paprastų veiklos deliktų atvejais kiekvieną kartą esama veikos padarinių įvykdymo numatymumo, o ne „padarinių" (tai §163 atveju pasakytina apie parodymų melagingumą, §316 II atveju – apie tai, kad negalima vairuoti apsvaigus).

a) pareigos būti rūpestingu pažeidimo reikšmė veikos sudėties požiūriu padariniams atsirasti (plg. §222 arba §230: padarinių sukėlimas dėl neatsargumo = vadinamasis priešingumo pareigoms ryšys); galimas objektyvus padarinių neišvengiamumas elgiantis ir pagal pareigas;

b) atitinkamos rūpestingumo normos apsauginiai tikslai (= apsauginių tikslų ryšys);

c) savarankiškos atsakomybės principas neatsargiai paveikus trečiąjį asmenį savarankiškai pakenkti sau pačiam (plg. BGHSt 32, 2621; BGH NStZ 94, 83; žr. Nr. 187 ir toliau);

d) galimas netipiškos priežastinės eigos „neadekvatumas".

Veikos sudėties išlyga: žr. nurodymus A I.

Pvz., veikos padarymas esant apsvaigus, neatsargiai daug prisigėrus (§323 a).

II. Priešingumas teisei: žr. nurodymus A II.

III. Kaltė

1. Pakaltinamumas (kaip A III 1).

2. Specialūs kaltės požymiai (kaip A III 2), pvz., „neatsižvelgimas" pagal §315 c III Nr. 2/1 Nr. 2.

3. Asmeninę veikos sudėtį atitinkančio, priešingo teisei poelgio akivaizdumas:

a) neatsargiai klaidingą nusiteikimą – kaip „kaltės formą" – pagrindžia objektyvių reikalavimų būti rūpestingu nevykdymas, kai pakanka asmeninių sugebėjimų tai daryti bei yra subjektyvi galimybė numatyti padarinius, įskaičiuojant ir priežastinę seką;

b) galimybė suvokti neteisėtumą (= potencialus neteisėtumo suvokimas);

c) kaltę šalinančių pagrindų ir negalimumo ypatingoje konfliktinėje situacijoje reikalauti normas atitinkančio elgesio (bet tik sąmoningo neatsargumo atveju), nebuvimas.

IV. Asmeniniai bausmę šalinantys ir bausmę panaikinantys pagrindai: pvz., kai laiku pranešama apie neatsargiai duotą melagingą priesaiką (§163 II).

V. Pareiškimas (ir t.t.): žr. nurodymus A V.

865 D. NETIKRAS TYČINIS NEVEIKIMU PADARYTAS DELIKTAS

Išankstinis patikrinimas (dažnai jį būtina atlikti tik mintyse):

a) klausimas, koks išeities taškas – veikimas ar neveikimas, ir ar esama tikro ar netikro neveikimu padaromo delikto;

b) neveikimo kaip „poelgio" kokybės.

I. Atitikimas veikos sudėtį

1. Objektyvi neteisėtos veikos sudėtis:[7]

a) veikos sudėties padarinių atsiradimas (pvz., mirtis, kūno sužalojimas);

b) nesielgimas taip, kaip objektyviai būtina, ir esant fiziškai realiai galimybei taip pasielgti teisiškai rekomenduotina padarinių išvengti (jei to nereikia tikrinti jau nagrinėjant neveikimą kaip poelgį);

c) neveikimo priežastingumas konkretiems padariniams;

d) galimi ypatingi vykdytojo požymiai (žr. nurodymus A I 1 a) ir neveikiančiojo, kuris turi pareigą atitinkamai veikti, padėtis (gali būti – ypač nuneigimo atveju – tikrinama ir aptariama pirmiausiai);

e) objektyvus padarinių inkriminavimas, įskaičiuojant pareigų pažeidimo ir apsauginių tikslų ryšį.

Kontroliniai klausimai. Ar padariniuose realizuotas atsiradęs ar padidėjęs dėl asmens, turinčio atitinkamai veikti, neveikimo pavojus, kurio pagal normos apsauginius tikslus turėjo būti vengiama. Ar rekomenduojamasis poelgis būtų beveik garantuotai leidęs išsaugoti pakenktą teisinį gėrį (gyvenimo pailginimo atveju – laikas, atkarpa neturi būti labai trumpa: BGH StrVert 85, 229 ir NStZ 81, 218), ar tokiu atveju šiam gėriui būtų buvę pakenkta mažiau?

Neveikimo „lygiavertiškumas" su pozityviu veikimu, ypač atsižvelgiant į veikos sudėties poelgio pobūdį ir rūšį.

2. Subjektyvi neteisėtos veikos sudėtis:

a) veikos sudėties tyčia;

Galimas klaidos dėl asmens, turinčio atitinkamai veikti, padėties ar kitų (objektyviai veikos sudėčiai) priklausančių veikos aplinkybių buvimas.

b) kiti subjektyvūs veikos sudėties požymiai.

Veikos sudėties išlyga: žr. nurodymus A I.

II. Priešingumas teisei: kaip A II.

III. Kaltė

1. Pakaltinamumas: kaip A III 1.

2. Specialūs kaltės požymiai: kaip A III 2.

[7] Kitoks tyrimo eiliškumas, nagrinėjant objektyvią neteisėtos veikos sudėtį, atskirais atvejais gali būti rekomenduotinas ar tikslingas (pirmiausia su elgesiu susijusių deliktų, ypač §263, atvejais, jei kyla klausimas dėl apgaulės, padarytos neveikimu; apie tai žr. *Wessels*, BT/2, Nr. 472).

3. Asmeninis veikos sudėtį atitinkančio, priešingo teisei neveikimo akivaizdumas:

a) tyčinis klaidingas nusiteikimas teisėtvarkos elgesio reikalavimų atžvilgiu (kaip A III 3 a);

b) neteisėtumo suvokimas;

Galimas klaidos dėl pareigos atitinkamai veikti ar „klaidos dėl leidimo“ buvimas.

c) kaltę šalinančių pagrindų nebuvimas (kaip A III 3 c) atsižvelgiant į tai, jog negalima konfliktinėse situacijose reikalauti normas atitinkančio elgesio.

IV ir V (plg. nurodymus A IV ir V).

866 E. NETIKRAS NEATSARGUS NEVEIKIMU PADARYTAS DELIKTAS

Išankstinis patikrinimas: žr. nurodymus D.

I. Atitikimas veikos sudėtį

1. Veikos sudėties padarinių atsiradimas (pvz., mirtis §222).

2. Nedarymas objektyviai būtino ir teisiškai rekomenduotino poelgio esant fiziškai realiai galimybei tą poelgį padaryti, kad būtų išvengta padarinių.

3. Priežastinis neveikimo ir padarinių atsiradimo ryšys.

4. Galimi specialūs vykdytojo požymiai (žr. nuorodas A I 1 a) ir neveikiančiojo, turinčio atitinkamai veikti, padėtis.

Atkreipkite dėmesį į tai, jog šios prielaidos, ypač jas paneigus, gali būti tikrinamos ir aptariamos pirmiausiai.

5. Žmonių santykiams būtino rūpestingumo nesilaikymas esant galimybei objektyviai numatyti veikos sudėties padarinius (= objektyvus pareigos būti rūpestingam pažeidimas).

Atkreipkite dėmesį į tai, jog rūpesčio stoka gali atsirasti klaidingai elgiantis – (nepakankamai) „gelbstint“, taip pat nežinojimo, kad greitai gali atsirasti padarinių, nežinant apie turimas gelbėjimo galimybes, apie padėtį, kai reikia atitinkamai veikti, ar apie kitus objektyvios veikos sudėties požymius.

6. Objektyvus padarinių inkriminavimas, atsižvelgiant į priešingumo pareigoms ryšį tarp rūpesčio stokos ir padarinių atsiradimo, kaip ir atitinkamos rūpestingumo normos, apsauginių tikslų.

Veikos sudėties išlyga: žr. nurodymus A I.

II. Iki V: (pagal prasmę žr. nurodymus C II-V)

867 F. TIKRAS TYČINIS NEVEIKIMU PADARYTAS DELIKTAS

Išankstinis patikrinimas: žr. nurodymus D

I. Atitikimas veikos sudėtį

1. Objektyvi neteisėtos veikos sudėtis:

a) situacijai atitinkant veikos sudėtį ar esant kitiems, pagrindžiantiems pareigą taip pasielgti objektyviems veikos sudėties požymiams (pvz., §323 c nelaimės atvejis ir būtinybė suteikti pagalbą bei galimybė reikalauti, kad tokia pagalba būtų teikiama);

b) nesielgimas taip, kaip objektyviai būtina ir teisiškai rekomenduotina norint išvengti padarinių, esant fiziškai realiai galimybei taip pasielgti (§323 c atveju – siekiant užkirsti kelią žalai atsirasti ar išplisti).

2. Subjektyvi neteisėtos veikos sudėtis.

Veikos sudėties išlyga: žr. nurodymus A I.

II. Iki V: (pagal prasmę žr. nurodymus D II-V)

868 G. PAGAL PADARINIUS KVALIFIKUOJAMI DELIKTAI

Išankstinės pastabos. Šios tyčios ir neatsargumo kombinacijos (plg. Nr. 693) nagrinėjimas nekelia jokių sunkumų, jeigu iš karto, tik pradėjus nagrinėti (t.y. nurodžius, kad, pvz., reikėtų nagrinėti, ar nėra įvykdyta §177 III, §226 ar §251 numatyta veikos sudėtis) yra visai ištiriamas „pagrindinis deliktas“, paskui yra aptariami pagal padarinius konkuruojantys veikos sudėties požymiai. Toliau pateikiami nurodymai tik trumpai paaiškina tai, kaip tokiais atvejais turi būti galvojama.

1. Pagrindinio delikto įvykdymas, pvz., numato §177 I, §223 ar §249 (atsižvelgiant į veikos sudėties atitikimą, priešingumą teisei ir kaltei).

2. „Ypatingų padarinių“ §18 prasme (pvz., aukos mirtis) atsiradimas ir sukėlimas, įskaičiuojant ir veikos sudėties specifinį pavojaus ryšį tarp pagrindinio delikto ir kvalifikuoto pagal padarinius (plg. BGHSt 31; 96; 33, 322).

3. Neatsargumas (plg., §18, 224, 226) arba lengvabūdiškumas (§176 IV, 177 III, 178 III arba §251) kvalifikuojančių veiką padarinių atžvilgiu:

a) objektyvūs neatsargumo elementai:

= paprastas arba grubus pareigos būti rūpestingam pažeidimas, susijęs su ypatingų veikos padarinių numatymumu ir specifinio veikos sudėties pavojaus ryšio (kaip neatsargumo neteisėtumo kriterijais) bendru suvokimu (plg. Nr. 693 ir BGHSt 24, 213; BGH NStZ 82, 27);

b) subjektyvūs neatsargumo elementai:

= pareigos būti rūpestingam pažeidimo akivaizdumas, atsižvelgiant į asmenines kaltininko žinias ir sugebėjimus, taip pat į konkretų individualų ypatingų veikos padarinių, įskaitant ir deliktui tipišką pavojaus ryšį, numatymumą (= kaltinimas neatsargumu).

Atkreipkite dėmesį į tai, kad apsvarsčius 3 a ir 3 b nereikia iš naujo kartoti tikrinimo lygių „Priešingumas teisei" ir „Kaltė", nes viskas, kas svarbu, turi būti pasakyta ir konstatuota nagrinėjant pagrindinį deliktą (plg. 1 pozicija). Jei veiką įvykdo keli dalyviai, tai (patvirtinus 1 ir 2 pozicijoje vardijamas prielaidas) kiekvieno dalyvio atžvilgiu turi būti atskirai tikrinama, ar jis dėl ypatingų veikos padarinių gali būti apkaltintas neatsargumu ar lengvabūdiškumu (išsamiau žr. BGHSt 19, 339).

869 H. BENDRAVYKDYMAS IR NETIESIOGINIS VYKDYMAS

Išankstinė pastaba. Dėl vietos stokos tenka atsisakyti išsamiai pateikti dėstymo pavyzdį apie visas bendrininkavimo formas ir apie visus galimus situacijos variantus. Be kitų, žr. *Seier/Jörgens*, JA-Übungsblätter 80, 155 ir toliau. Apskritai galima pasakyti (kaip ir kitais atvejais), kad pats įstatymas, nustatydamas atskiras traukimo baudžiamojon atsakomybėn prielaidas, parodo, koks dėstymas būtų rekomenduotinas ir prasmingas. Apie tai keletas nuorodų.

870 1. Tiesioginis vykdymas (§25 I pirma alternatyva) nekelia jokių ypatingų dėstymo problemų, nes jo buvimą būtinai patvirtina tai, kad įvykdomi visi objektyvūs ir subjektyvūs veikos sudėties požymiai.

871 2. Ten, kur kyla klausimas dėl bendravykdymo (§25 II), reikia taip diferencijuoti:

a) Jei dėl skirtingo atskirų įnašų į veiką svarbos kyla abejonių, ar visi dalyviai įvykdė §25 II prielaidas, tai dėstymą reikia pradėti būtent nuo tų dalyvių, kurie yra labiausiai susiję su veika, ir kurių elgesio atitikimą veikos sudėtį lengviausia nustatyti ir taip pagrįsti, jog jie yra vykdytojai. Iš karto po to svarstant, ar kitų dalyvių įnašas į veiką atitinka įstatymo numatytus įvykdymo poelgio požymius, turi būti pradedama atriboti bendravykdymą ir kitas dalyvavimo formas (§26 ar §27). Tai darant reikia prisiminti, kad bendravykdytoju gali būti tik tas, kuris pats įvykdo visus subjektyvius atitikimo delikto veikos sudėties požymius, taigi §242, 249 atveju veikia, ketindamas daiktą neteisėtai pasisavinti (žr. Nr. 530).

b) Ir priešingai, jei yra visai aišku, kad visi dalyviai veiką padarė bendrai §25 II prasme, t.y. sąmoningai ir valingai veikdami kartu pasidalydami vaidmenis, tai nebūtų labai prasminga atskirai iš eilės kiekvieną asmenį aptarinėti kaip vykdytoją; be varginančių pasikartojimų ir nuorodų tai būtų neįmanoma. Čia veikos sudėties įvykdymo bendrai veikiant (paaiškinta anksčiau Nr. 848) klausimas turi būti tikrinamas ir sprendžiamas bendrai visų bendrininkų atžvilgiu (išsamiau žr. *Kienapfel,* Strafrechtsfälle, S. 94 ir toliau).

c) Taip pat reikia elgtis ir tais atvejais, kai nė vieno iš abiejų veikos dalyvių įnašo į veiką nepakanka, kad būtų visiškai įvykdyta veikos sudėtis, o objektyvi delikto veikos sudėtis įgyvendinama tik abiem įnašais bendrai. *Pavyzdys.* A ir B susitaria apiplėšti C. A iš už nugaros apkabina C ir stipriai jį laiko, o B tuo metu netrukdomas paima C piniginę. Grobį bendrininkai pasidalija. Šiuo atveju B nenaudojo jėgos prieš C §249 prasme, o A nieko nepaėmė. Tik remiantis §25 II jie abu gali būti traukiami baudžiamojon atsa-

komybėn kaip plėšikai, nes kiekvienam gali būti priskiriamas kito asmens indėlis į veiką, kaip sąmoningai ir valingai veikusiam kartu.

872 3. Netiesioginio vykdymo (§25 I antra alternatyva) atveju visuomet pirmiausia turi būti nagrinėjamas veikai artimesnio „įrankio" (= vadinamojo veikos tarpininko) traukimo baudžiamojon atsakomybėn klausimas išaiškinant, ar šis asmuo yra kaltas dėl veikos padarymo, o jeigu taip, tai kaip jo kaltė pasireiškia. Ir tik tuomet galima spręsti, ar kurstytojas padarė veiką kaip netiesioginis vykdytojas per tarpininką, ar jis turi būti baudžiamas tik kaip kurstytojas (§26), ar padėjęs psichologiškai.

Griežtai reiktų vengti iš anksto svarstyti atribojimo klausimą dėl Nr. 848 nurodytų priežasčių. Tirti, ar atitinkamos baudžiamosios veikos sudėties įvykdymo įkvėpėjas šią veiką vykdė panaudodamas kitą asmenį kaip įrankį ir taip veikė kaip netiesioginis vykdytojas, reikia kartu tikrinant, ar šio asmens (įkvėpėjo) elgesys atitinka veikos sudėtį. Tikrinant turi būti nagrinėjami atitinkami veikos sudėties požymiai (taigi §242 kartu su klausimu ar „jis" paėmė svetimą daiktą, X nuosavybę, pažeisdamas svetimomis – Y – rankomis, kuris veikė nelaisvai ar neturėdamas jokių ketinimų – buvo panaudojamas kaip valdomas „įrankis"; plačiau žr. *Herzberg*, JuS 84, 369, 372).

Apie netiesioginio vykdymo problemas bei rengimosi ir pasikėsinimo atribojimą verta skaityti BGHSt 40, 218; 35, 347; 30, 363. Nereikia pamiršti, kad §242, 249 atvejais ketinimų neturintis, bet tyčia veikiantis „įrankis" gali būti įkvėpėjo padėjėjas – §27 (tai reikėtų aptarti iš karto baigus nagrinėti įkvėpėjo patraukimo baudžiamojon atsakomybėn klausimą).

K. BENDRININKAVIMAS

873 *Išankstinė pastaba.* Kurstymas ir padėjimas (dėl jų nesavarankiškos prigimties) turi būti nagrinėjami tik išnagrinėjus pagrindinę veiką. Dėstymo specifikos esama tik kalbant apie veikos sudėties atitikimą (toliau tai trumpai aptariama). Konkrečiu atveju veikos sudėties atitikimas, kaip ir pagrindinė veika, turi būti tikrinamas pagal tą pačią baudžiamosios veikos sudėtį. Pagal aplinkybes tinkamoje vietoje turi būti atsižvelgiama į §28 įtvirtintą taisyklę apie specialius asmeninius požymius.

874 1. Kurstymas (§26)

Objektyvi veikos sudėtis:

a) Pagrindinės veikos, kurios padaryme galima bendrininkauti, egzistavimas.

Atkreipkite dėmesį į tai, kad tai turi būti tyčia padaryta priešinga teisei veika. Joje neturi trūkti nei ypatingų subjektyvių neteisėtumo elementų (pvz., ketinimo pasisavinti §242, 249), nei (jeigu reikia) objektyvių traukimo baudžiamojon atsakomybėn sąlygų (pvz., §283 VI). Be to, pagrindinė veika turi būti pasiekusi bent jau pasikėsinimo, už kurį yra numatyta sankcija, stadiją.

b) Apsisprendimo padaryti veiką pagrindiniam vykdytojui sukėlimas. Tai turi būti padaryta priežastiniu kurstymu, vykdomu psichologinėmis priemonėmis formuojant valią.

Subjektyvi veikos sudėtis:

a) Visus objektyvius ir subjektyvius pagrindinės veikos sudėties požymius bei norą, kad veika būtų užbaigta, apimanti tyčia (plg. BGHSt 34, 63).

Atkreipkite dėmesį į tai, jog kurstytojai turi norėti, kad pagrindinė veika būtų baigta (priešingu atveju jie yra tik *agent provocateur*, plg. Nr. 573). Neesminiai padarytos pagrindinės veikos ir to, kaip ši veika buvo įsivaizduojama, nukrypimai traukimo baudžiamojon atsakomybėn nekeičia. Už pagrindinio vykdytojo ekscesą kurstytojas atsako tik savo tyčios ribose.

b) Tyčia kalbant apie pagrindinio vykdytojo priimtą sprendimą padaryti nusikaltimą.

Nuoroda. Apie ginčytiną klausimą, ar galima traukti baudžiamojon atsakomybėn tuo atveju, kai kas nors, realizuodamas savo nusikalstamus ketinimus, įtraukia asmenį, kuris, pastarojo manymu, veikia geranoriškai, o iš tikrųjų veikia piktavališkai (= tyčia), žr. Nr. 549.

875 2. Pasikėsinimas sukurstyti (§30 I)
Išankstinis tikrinimas

a) Pavykusio kurstymo §26 prasme nebuvimas.

b) Veikos nusikalstamas pobūdis (žr. Nr. 562).

Subjektyvi veikos sudėtis:

a) Visus nusikaltimo, kurio daryme galima bendrininkauti, požymius apimanti tyčia (įskaitant ir norą, kad veika būtų baigta).

b) Tyčia, nukreipta į apsisprendimo padaryti veiką sukėlimą.

Objektyvi veikos sudėtis:

Tiesioginis pradėjimas §22 prasme daryti poveikį kurstomajam.

Atkreipkite dėmesį į tai, kad tikrinant galimus bausmę panaikinančius pagrindus (plg. nurodymus B IV), turi būti galvojama apie specialią atsisakymo baigti veiką taisyklę, numatytą §31 I Nr. 1.

876 3. Padėjimas (§27)
Objektyvi veikos sudėtis:

a) Pagrindinės veikos, kurios daryme galima bendrininkauti, buvimas (plg. Nr. 874).

b) Pagrindinės veikos skatinimas, teikiant pagalbą (fizinio ar psichologinio pobūdžio). Pagalba gali būti teikiama aktyviai veikiant ar priešingu pareigoms neveikimu, esant pareigai atitinkamai veikti bei egzistuojant fiziškai realiai galimybei atlikti poelgį, kuris nebuvo atliktas.

Subjektyvi veikos sudėtis:

a) Visus objektyvius ir subjektyvius pagrindinės veikos sudėties požymius apimanti tyčia (įskaitant ir norą, kad veika būtų užbaigta; plg. Nr. 874).

b) Tyčia, nukreipta pagrindinei veikai skatinti, pasireiškianti pagalbos teikimu.

877 L. KLAIDA DĖL ATSAKOMYBĘ ŠALINANČIŲ (PATEISINANČIŲ) PAGRINDŲ

Nuomonių ginčas apie klaidingą atsakomybę šalinančios (pateisinančios) padėties suvokimą (žr. Nr. 470 ir toliau) nagrinėjant deliktus verčia daryti skirtingas išvadas. Studentai dažnai abejoja ir daugelis nežino, kurioje baudžiamosios teisės darbo dalyje šis problemų kompleksas turi būti nagrinėjamas. Atsakymas į šį klausimą priklauso tik nuo to, kokia teorija kvalifikuotojas vadovaujasi ir kokiai nuomonei moksle jis nori pritarti. Apie tai keletas nuorodų.

878 1. Tas, kuris pritaria griežtai kaltės teorijai, turi orientuotis į finalinę delikto sandarą, pagal kurią ši klaidos problema turi būti nagrinėjama „kaltės" tikrinimo lygmenyje, „neteisybės suvokimo" srityje. Čia turi būti paaiškinta, kodėl kvalifikuotojas klaidingame kaltininko įsivaizdavime, jog egzistuoja atsakomybę šalinanti (pateisinanti) situacija, įžvelgia klaidą dėl draudimo §17 prasme. Būtent čia ir nesutinkama su kitomis nuomonėmis.

Tai, kad remiantis kitomis mokslinėmis nuomonėmis ši klaida turi būti nagrinėjama jau „neteisėtumo" lygiu, kvalifikuotojui neturi trukdyti, nes jo uždavinys – išdėstyti savo poziciją ir kuo įtikinamiau ją pagrįsti. Jo minčių sekos ir dėstymo gairė turi būti paties pasirinkta, o ne kitų propaguojama delikto sandara, kurios nuosekliai turi būti laikomasi visame darbe.

Apie dėstymą, remiantis finaline sistema, žr. Nr. 806, taip pat *Maurach-Gössel*, Fälle und Lösungen (Strafrecht), 6. Aufl. 1992, S. 4, 10.

879 2. Tas, kuris mano, kad teisingas mokymas apie negatyvius veikos sudėties požymius ir pasisako už tiesioginį §16 I taikymą atsakomybę šalinančios (pateisinančios) situacijos atžvilgiu, turi apsispręsti, kokį dėstymą pasirinkti – ar dvipakopį (= bendra neteisėtos veikos sudėtis/kaltė), ar dažniau pasitelkiamą trijų narių modelį. Abu keliai (kaip parodyta) yra galimi.

I. Bendra neteisėtumo sudėtis	I. Neteisėtumas
1. Pozityvūs požymiai:	1. Atitikimas veikos sudėtį:
a) objektyvaus pobūdžio	a) objektyviai
b) subjektyvaus pobūdžio	b) subjektyviai
2. Negatyvūs požymiai (atsakomybę šalinantys (pateisinantys) pagrindai):	2. Priešingumas teisei:
a) objektyvūs elementai	a) objektyvus
b) subjektyvūs elementai	b) subjektyvus atsakomybę šalinantys (pateisinantys) elementai
II. Kaltė	II. Kaltė

Klaidingas manymas, kad egzistuoja atsakomybę šalinanti (pateisinanti) situacija, turi būti (nuneigus objektyvias prielaidas atleisti nuo atsakomybės) nagrinėjamas pozicijoje 12 b tiek pagal kairėje, tiek pagal dešinėje pavaizduotą modelį (išsamiau žr. *Samson*, Strafrecht I, S. 127).

880 3. Tas, kuris pritaria ribotai kaltės teorijai, bet vadovaujasi tuo variantu, pagal kurį klaidos dėl leidimo veikos sudėties atveju jau išnyksta tyčinis neteisėtumas, gali va-

dovautis dešinėje pateiktu dėstymo pavyzdžiu. Grynai išoriškai šis sprendimo kelias priartėja prie Nr. 879 paminėtos mokslinės nuomonės (tačiau jie iš esmės skiriasi – čia kvalifikuotojas remiasi tik §16 I 1 taikymu pagal analogiją ir daro išvadą, kad nėra vadinamosios tyčinės veikos poelgio neteisėtumo).

Tai, kad esama klaidingo manymo, jog egzistuoja atsakomybę šalinanti (pateisinanti) situacija, čia yra nagrinėjama tikrinant „priešingumą teisei" (pozicija 12 b), yra tikriausiai keista, tačiau taip atsitinka dėl šios koncepcijos teorinių pagrindų (plg. šalininką *Herzberg*, JA 89, 243, 295 ir toliau; taip pat *Roxin*, AT §14, Nr. 62, 68, kurio nuomone, čia turėtų išnykti vadinamoji „neteisėtumo tyčia").

881 4. Ir priešingai, asmuo, teikiantis pirmenybę teisinius padarinius nukreipiančiam ribotos kaltės teorijos variantui, gali remtis Nr. 800 ir 861 pateiktais dėstymo pavyzdžiais. Čia atitinkama klaida dėl leidimo veikos sudėties yra svarstoma tik „kaltės" tikrinimo pakopoje, atsižvelgiant į „kaltinimą tyčia" (į kaltei specifinį atitinkamos veikos sudėties tyčios akivaizdumą). Aptarti kitas nuomones kvalifikuotojas privalo tik šioje darbo dalyje (ne anksčiau); tačiau tai daryti rekomenduotina tik tada, kai (kaip griežta kaltės teorija) tai gali turėti reikšmės sprendžiant konkretų atvejį ir darant kitokias išvadas (apie nereikalingų, grynai teorinių išvedžiojimų baudžiamosios teisės darbuose kritiką žr. *Puppe*, JA 89, 345).

Jeigu kvalifikuotojas prieina prie išvados, kad buvo padaryta klaida dėl leidžiamos veikos sudėties ir todėl (dėl §16 I 1 taikymo pagal prasmę) nebėra galimybės bausti už tyčinę veiką (plg. Nr. 478), tai belieka patikrinti, ar įstatymas numato sankciją ir už neatsargų atitinkamo delikto padarymą, ar kaltininką traukti baudžiamojon atsakomybėn remiantis šia neatsargios veikos sudėtimi yra galima (§16 I 2). Jeigu taip, tai toliau turi būti nagrinėjama nebūtinai vadovaujantis anksčiau (Nr. 864) pateiktu dėstymo pavyzdžiu, kuris pritaikytas įprastiniams neatsargiems neveikimu padaromiems deliktams. Kadangi anksčiau konstatuotas tyčinis kaltės nuneigimas niekaip nepaveikia žinotinai ir valingai – tyčia padaryto teisinio gėrio pažeidimo ir konkrečių delikto padarinių objektyvaus priskyrimo, tai po to (vadovaujantis §16 I 2) atliekamo tyrimo metu lieka tik išsiaiškinti, ar klaidingas kaltininko manymas, jog egzistuoja atsakomybę šalinanti (pateisinanti) situacija paremta neatsargumu. Dėstant „tai turi būti atlikta sutrumpintai, pvz., naudojant pavadinimą „Patraukimas baudžiamojon atsakomybėn už neatsargią veiką pagal § (= neatsargios veikos sudėtis)". Šio skyrelio turinį turi sudaryti atsakymas į klausimą, ar atsakomybę šalinančios (pateisinančios) situacijos nebuvimą buvo galima objektyviai pastebėti, laikantis reikalaujamo rūpestingumo, ir ar kaltininkas, atsižvelgus į jo asmenines žinias ir sugebėjimus, galėjo išvengti klaidos bei veikos sudėties padarinių atsiradimo.

Apie viską žr. *Eva Graul*, JuS-Lernbogen 1992, L 49.

882 §20. PAVYZDYS PRATYBOMS APIE TYČINIO, VEIKIMU PADAROMO DELIKTO SANDARĄ

Čia pateikiama apžvalga yra paremta Nr. 800 pateikta tikrinimo schema; joje trumpai išdėstyta minčių seka, sprendžiant pratybų uždavinį (apžvalgoje pateikiami baigtų bei pasikėsintų tyčinių, veikimu padaromų deliktų pavyzdžiai).

Pratybų uždavinys. A, ketindamas apiplėšti gyvulių prekiautoją H, apsiginkluoja ąžuoline lazda ir vakare pasislepia už medžių šalia kelio miške. Atsitiktinai šiuo keliu eina B, A brolis. B manydamas, kad tai yra H, smogia iš nugaros (neturėdamas tyčios nužudyti) šiam į galvą. Kai B pradeda šaukti, A atpažįsta jį iš balso ir daugiau nemuša (nors buvo pasiruošęs tai daryti), o sutvarsto ir nugabena į namus. Be muštinės žaizdos ir smegenų sukrėtimo B daugiau jokios žalos nepadaryta.

Ar – jeigu taip, tai už ką – A turi būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn?

Atspirties taškai	Baudžiamajam teisiniam tyrimui išeities taškas – tai aktyvus A veiksmas, patvirtinantis tyčinio, veikimu padaromo delikto buvimą. Sprendžiant klausimą, koks teisinis gėris yra pažeistas, turi būti tikrinami tokie variantai: 1) B kūno neliečiamybės pažeidimas (§223, 223 a); 2) nuosavybės pažeidimas (§249, 250 I Nr. 2, 3 drauge su §22, 23 I); 3) valios formavimosi laisvės pažeidimas (§240 drauge su §22, 23 I).

Pirmas tikrinimas	A galėjo padaryti baigtą pavojingą kūno sužalojimą (§223, 223 a).
Pagrindinė sudėtis pagal §223	Būtina prielaida – tai pagrindinės veikos sudėties, numatytos §223, įvykdymas (išsamiau apie tokį nagrinėjimo būdą žr. Nr. 852).
„Poelgio kokybės“ išankstinis patikrinimas	Prieš pradedant tikrinti, ar elgesys atitinka veikos sudėtį, reikia trumpai įsitikinti, ar esama paties „poelgio teisine prasme (raštu tokie svarstymai turi būti išdėstomi tik tada, kai yra rimtų abejonių dėl to, ar socialiai reikšmingas elgesys buvo, ar galėjo būti žmogaus valios valdomas; pvz., tuomet, kai reikia atsiriboti nuo spontaniškų reakcijų ir refleksinių judesių). Čia pateiktu atveju dėl A „poelgio“ tokių abejonių nekyla. (Nr. 93)
I. Atitikimas veikos sudėtį	Aptariant delikto baigtinumą visų pirma reikia išnagrinėti objektyviąją neteisėtos veikos sudėtį
1. Objektyvi veikos sudėtis	Reikia tikrinti, ar A su B elgėsi žiauriai, ar padarė žalos jo sveikatai. Pirma alternatyva reiškia bet kokį substanciją pažeidžiantį poveikį, taip pat bet kokį netinkamą elgesį, dėl kurio padaromas esminis neigiamas poveikis aukos kūno fizinei būsenai ir neliečiamybei (= atitinkamo veikos sudėties požymio apsvarstymas ir išaiškinimas). Smūgis ąžuoline lazda į B galvą šias prielaidas atitinka (= situacijos kvalifikavimas remiantis teisine sąvoka). Taip pat esama sveikatos sužalojimo požymio (sprendėjas jį irgi turi aptarti; plg. *Wessels*, BT/1, Nr. 249).

	Priežastinis A poelgio ir kūno sužalojimo ryšys turi būti tikrinamas ir konstatuojamas. To paties paisytina ir objektyviai priskiriant padarinius (plg. Nr. 153 ir toliau; ten, kur (kaip šiuo atveju) rezultatai yra akivaizdūs, ilgai aptarinėti priežastingumo teorijos reikėtų vengti).
2. Subjektyvi veikos sudėtis	§223 būtinas tyčinis elgesys. Tyčia, kaip elgesio forma, – tai noras įvykdyti įstatyminę veikos sudėtį, suvokiant visas jos objektyvias veikos aplinkybes. A įvykdymo valia čia pasireiškia sąmoningu elgesiu (plg. Nr. 211). Tačiau kyla klausimas, ar dėl to, kad A supainiojo asmenis, gali išnykti veikos sudėties tyčia. Remiantis §16 I 1, tokios teisinių padarinių klaidos dėl poelgio atsiranda tik tada, kai užpultasis ir įsivaizduojamasis objektai veikos sudėties požiūriu nėra lygiaverčiai (plg. Nr. 247). Šiuo atveju taip nėra; B, kaip ir H, yra „kitas žmogus“ §223 prasme. A norėjo ąžuoline lazda smogti žmogui (= B), kurį jis įvykio vietoje matė prieš save. Tai, kas atsitiko, iš esmės sutampa su tuo, ką A įsivaizdavo poelgio darymo metu įvyksiant. Klaidingas A manymas, kad prieš jį yra H, nėra klaida dėl veikos sudėties §16 I 1 prasme, o klaida dėl paskatų, kurios jo veikos sudėties tyčios nepakeičia. Todėl A elgesys tiek objektyviai, tiek subjektyviai įvykdo pagrindinę veikos sudėtį, numatytą §223.
Veikos sudėties išlyga	Įstatymas §223 atžvilgiu to nenumato (plg. Nr. 861).
II. Priešingumas teisei	Atsakomybę šalinančių (pateisinančių) pagrindų nėra. Todėl A padarytas kūno sužalojimas yra priešingas teisei.
III. Kaltė	
1. Pakaltinamumas	Jokių duomenų apie tai, kad pakaltinamumas galėtų būti nuneigtas, remiantis §20 numatytais pagrindais, nėra.
2. Specialūs kaltės požymiai	§223 tokio pobūdžio požymių nėra numatyta (rašto darbuose apie tai turi būti kalbama tik tada, kai šis klausimas iš tikrųjų yra aktualus).
3. Kaltės forma	Apie kaltinimo galimybę liudija jau patvirtinta veikos sudėties tyčia. Šį netiesioginį įrodymą gali atsverti klaida dėl leidžiamos veikos sudėties (plg. Nr. 426, 470 ir toliau). Nagrinėjamuoju atveju taip nėra.

4. Neteisėtumo suvokimas

Siauroje kriminalinės teisės sferoje pakaltinamo asmens neteisėtumo suvokimo galimybė paprastai patvirtinama. Išsamiau svarstyti reikia tik tada, kai yra priešingų duomenų (duomenų apie neišvengiamos klaidos §17 pirmo sakinio prasme buvimą). Šiuo atveju tokių duomenų nėra.

5. Kaltę šalinantys pagrindai

Tokio pobūdžio (plg. §33, 35 I) pagrindų taip pat nėra.

Tarpinis rezultatas

A pagrindinę veikos sudėtį, numatytą §223, įvykdė nusikalstamai ir priešingai teisei.

Kvalifikavimas pagal §223 I

A padarytas B sužalojimas gali būti pavojingu kūno sužalojimu (§223 a). Ypatingas įvykdymo būdas šios nuostatos prasme gali būti pagrindinio delikto įvykdymas „naudojant pavojingą įrankį“, „klastingai užpuolus“ ar „gyvybei pavojingu elgesiu“ (plg. *Wessels*, BT/1, Nr. 251 ir toliau).

Tai turi būti tiek objektyviu, tiek subjektyviu požiūriu plačiau panagrinėta ir konstatuota. Tai darant turi būti nagrinėjamos sąvokos, išsiaiškinami įstatymai, kvalifikuojama. Čia turi būti atkreiptas dėmesys į tai, kad ir kelių sunkinančių pagrindų buvimas nereiškia, jog buvo įvykdytas daugiau negu vienas pavojingas kūno sužalojimas §223 a prasme.

Tarpinis rezultatas

A įvykdė baigtą pavojingą kūno sužalojimą (§223 a).

IV. Asmeniniai bausmę šalinantys ir panaikinantys pagrindai

Nagrinėjamoje baudžiamojoje veikoje tokio pobūdžio pagrindų (apie sąvoką plg. Nr. 494, 495) nėra.

V. Baudžiamojo persekiojimo sąlygos

§223 a B pareiškimo nereikia. Pareiškimo §323 prasme reikia tik esant §223, 230.

Pirminis dalinis rezultatas

A turi būti kaltinamas įvykdęs pavojingą kūno sužalojimą.

Antrasis tikrinimas

A taip pat galėjo įvykdyti sunkų plėšimą (§249, 250 I Nr. 2, 3).

Pagrindinė veikos sudėtis §249 prasme

§249 objektyvi veikos sudėtis yra nevisiškai įvykdyta; „svetimo kilnojamo daikto pasisavinimas“ nebuvo įvykdytas. Reikia tikrinti, ar buvo pasikėsinta padaryti sunkų plėšimą.

Patraukimas baudžiamojon atsakomybėn už pasikėsinimą

Sunkus plėšimas (§249, 250) pagal §12 I – nusikaltimas, o už pasikėsinimą padaryti nusikaltimą §23 I visuomet numato sankciją.

Pasikėsinimo struktūra 1. Atitikimas veikos sudėtį §249, 250 I Nr. 2, 3 prasme	Atkreipkite dėmesį. Esminis pasikėsinimo padaryti baudžiamąją veiką požymis – tai objektyvios veikos sudėties trūkumai, įvykdžius visas subjektyvias veikos sudėties prielaidas. Pasikėsinimą nagrinėti reikia pradėti nuo subjektyvios neteisėtos veikos sudėties tikrinimo, nes vien tik veikos sudėties tyčia gali parodyti, kokią veikos sudėtį ar kokias veikos sudėtis kaltininkas norėjo įvykdyti, ir ar jis tai buvo „tiesiogiai pradėjęs" daryti §22 prasme. Paprastai čia rekomenduojama plačiai ir galutinai išnagrinėti vadinamąjį apsisprendimą padaryti veiką; jis turi būti nagrinėjamas atsižvelgiant tiek į atitinkamą pagrindinę veikos sudėtį, tiek į atitinkamas kvalifikuotas ar privilegijuotas sudėtis.
1. Subjektyvi veikos sudėtis	A apsisprendimas padaryti veiką buvo „nukreiptas" įvykdyti sunkų plėšimą, jei egzistavo šios prielaidos: 1) drauge su pagrindine veikos sudėtimi (§249); a) veikos sudėties tyčia ir b) ketinimas priešingai teisei pasisavinti; 2) drauge su kvalifikuota veikos sudėtimi a) veikos sudėties tyčia įvykdyti §250 I Nr. 2 ir b) esant šioms aplinkybėms – ir veikos sudėties tyčia „tyčios pakenkti" forma (žr. BGHSt 26, 176 ir 244). Ši tyčia gali pasireikšti kaip „galima tyčia", jei kalbama apie §250 I Nr. 3. Toliau turi būti tiksliai nagrinėjami kiti klausimai. Sprendžiant turi būti vadovaujamasi eksperto stiliumi – einant žingsnis po žingsnio (pradedama turi būti nuo to, kad A valia buvo nukreipta svetimam kilnojamam daiktui paimti, panaudojant jėgą prieš kitą asmenį, ir B supainiojimas su H dėl anksčiau minėtų priežasčių šios tyčios nepašalina). Kvalifikuotojas čia padarys išvadą, kad A buvo apsisprendęs padaryti sunkų plėšimą (§249, 250 I, Nr. 2, 3).
2. Objektyvi veikos sudėtis	Vykdyti veikos sudėtį A „tiesiogiai pradėjo" (plg. §22) suduodamas ąžuoline lazda B per galvą. Atkreipkite dėmesį. Nuomonių ginčas apie pasikėsinimo poelgio ir rengimosi poelgio atribojimą nėra svarbus, jei kaltininkas (kaip A) pradėjo nuo gatvės veikos sudėtį atitinkančio įvykdymo poelgio (šiuo atveju nuo jėgos naudojimo §249 prasme). Teorinio nuomonių ginčo tokiu atveju nagrinėti nereikia.
II. Priešingumas teisei	Turimas (tikrinti ir pagrįsti taip pat kaip ir anksčiau §223 a atveju).
III. Kaltė	Patvirtinti (taip, kaip anksčiau §223 a atveju).

Tarpinis rezultatas	A turi būti kaltinamas pasikėsinęs padaryti sunkų plėšimą (§249, 250 I Nr. 2, 3 drauge su §22, 23 I). §242 II dėl normų konkurencijos nėra taikomas.
IV. Asmeniniai bausmę šalinantys pagrindai	Turi būti tikrinama, ar A neatsisakė nebaigto pasikėsinimo padaryti sunkų plėšimą (§242 I 1 pirma alternatyva). Nesant „paėmimo" A nepadarė visko, ko, jo įsivaizdavimu, reikia deliktui baigti. Už patį pasikėsinimą jis nebūtų baudžiamas, jei tolesnio veikos vykdymo būtų atsisakęs savo noru. Tačiau savanoriško A atsisakymo §24 I 1 prasme nebuvo. Dėl to, kad A supainiojo B su H ir tai pastebėjo, (A) situacija iš esmės pasikeitė į blogąją pusę; apiplėšti savo brolį A būtų buvę akivaizdžiai absurdiška. Jeigu esant tokioms aplinkybėms galimybė taikyti §24 I 1 nėra paneigiama dėl nepavykusio pasikėsinimo (išsamiau žr. Nr. 628), tai bent jau atkrinta atsisakymo „savanoriškumas" (išsamiau žr. Nr. 644). Todėl A negali būti atleistas nuo bausmės remiantis §24 I 1.
Antras dalinis rezultatas	A turi būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn už pasikėsinimą padaryti sunkų plėšimą, įvykdytą B atžvilgiu (§250 I Nr. 2, 3 drauge su §22, 23 I, II). Atkreipkite dėmesį, kad jei įvykio vietoje „tykojama pasaloje", negalima įžvelgti nieko kito, išskyrus pasikėsinimą apiplėšti H. Tol, kol laukiama „auka" neatėjo, niekam (ir A įsivaizdavimu) nebuvo pakenkta, ir nebuvo „tiesiogiai pradėta vykdyti veikos sudėties (= paprastas pasirengimo poelgis). Kai B prisiartino prie įvykio vietos, pavojus buvo iškilęs tik jam ir jis buvo užpuolimo, nukreipto vien prieš jį, auka, nes pastarąjį A palaikė H. Todėl būtų neteisinga kalbėti apie pasikėsinimą apiplėšti B ir H.
Trečiasis tikrinimas	A elgesys B atžvilgiu taip pat įvykdo pasikėsinto prievartavimo veikos sudėtį (§240 I, III drauge su §22, 3 I). Tačiau §240, kaip *lex generalis*, užleidžia pirmenybę specialioms nuostatoms – §249, 250 (plg. Nr. 788). Atkreipkite dėmesį, kad ilgai svarstyti apie veikos sudėtis, kurios akivaizdžiai nėra taikomos dėl įstatymų konkurencijos, yra beprasmiška ir todėl to nereikia. Atitinkamas išvadas reikia išdėstyti trumpai keliais sakiniais.
Konkurencijos	Baigtas pavojingas kūno sužalojimas ir pasikėsinimas padaryti sunkų plėšimą vienas su kitu sutampa – sudaro veikų sutaptį (= idealioji konkurencija, §52), nes vienu ir tuo pačiu poelgiu (būtent smūgiu ąžuoline lazda) prisidedama įvykdant abi veikų sudėtis (išsamiau žr. Nr. 776 ir toliau).

Galutinis rezultatas	A turi būti traukiamas baudžiamojon atsakomybėn už pasikėsinimą padaryti sunkų plėšimą (§250 I Nr. 2, 3 drauge su §22, 23 I, II) veikoms sutapus su pavojingu kūno sužalojimu.

883 Savarankiškai studijuoti (pirmiausia ruošiantis egzaminams) yra siūlomas toks atvejis.

A, gyvenantis didmiesčio vilų kvartale ir, kaip medžiotojas, turintis teisę laikyti ginklą, vieną spalio naktį pabudo nuo garsų gatvėje. Jis girdėjo automobilio durų trinktelėjimą, todėl pasiėmė šešiais šoviniais užtaisytą revolverį ir nuėjo prie namo durų. Tuo metu automobilių plėšimu užsiimantys šešiolikmetis T ir septyniolikmetis F kaip tik surengė vagysčių turą. Jie jau buvo spėję įsilaužti į kelis automobilius ir pavogti kamerą, kurią ir nešė T. Po to, kai, pasinaudoję jėga, atidarė A sūnaus automobilio dureles, pro namo duris išėjo A; nieko nepaėmę F ir T iš karto pradėjo bėgti. A pamatė tik F ir pamanė, kad šis iš jo sūnaus automobilio pavogė radiją, automobilio dokumentus bei Vokietijos automobilininkų klubo (ADAC) garantinį raštą. A, norėdamas iš F atimti tariamą grobį ir po to sulaikytąjį perduoti policijai, sušuko „stok arba šausiu!" Kai F nepakluso, A prisitaikęs šovė jam į kojas ir peršovė blauzdą, bet F bėgo toliau. A manydamas, kad pirmas jo šūvis buvo netaiklus, šovė dar kartą. Kulka pataikė į metalinę tvorą, atšoko nuo jos ir mirtinai į galvą sužeidė T, kurio A net nebuvo pastebėjęs. Abu kartus iššaudamas A veikė turėdamas tyčią sužeisti, tačiau tikėjosi, kad nei mirtinai, nei sunkiai nieko nesužeis.

Ar A gali būti patrauktas baudžiamojon atsakomybėn?

Šis (iš praktikos paimtas ir čia pateiktas sutrumpintai baudžiamasis teisinis atvejis susijęs su daugeliu smarkiai ginčytinų klausimų) mokymas apie inkriminavimą, atleidimas nuo atsakomybės, klaidos. Prašome Jus pamėginti visas problemas savarankiškai apgalvoti ir parengti bent jau tikslią, aiškiai suskirstytą sprendimo schemą. Po to savo sprendimo variantą sulyginkite su Pirmojo žemės teismo Miunchene sprendimu (NJW 88, S. 1860) ir su (dalinai kontroversišku) šio sprendimo aptarimu, žr. *Beulke*, Jura 88, 641; *Mitsch*, pastabos NStZ 89, 26; Puppe, JZ 89, 728; *Schroeder*, pastabos JZ 88, 567. Plačiau žr. *Mayr*, Error in persona vel objecto und aberratio ictus bei der Notwehr, Diss. Passau, 1992.

DALYKINĖ RODYKLĖ

Skaičiai nukreipia į knygos paraščių numerius; riebiu šriftu išspausdinti skaičiai nurodo pagrindinę buvimo vietą.

A

B

C

D

E

F

G

H

I

O

P

R

S

Š

T

U

V

Ž

Johannes Wessels
BAUDŽIAMOJI TEISĖ
Bendroji dalis
Baudžiamoji veika ir jos struktūra

Redaktorė *Julija Kairienė*
Dailininkas *Algimantas Dapšys*
Dizainerė *Nijolė Juozapaitienė*

SL 2138. 2003-05-14. 23 leidyb. apsk. l. Tiražas 1200 egz. Užsakymas 571
Išleido UAB leidykla „Eugrimas“, Šilutės g. 42a, LT-2042 Vilnius
Puslapis internete: www.eugrimas.lt
Spausdino AB „Spaudos kontūrai“, Viršuliškių skg. 80, LT-2056 Vilnius

Wessels, Johannes

Ve203 Baudžiamoji teisė: bendroji dalis : baudžiamoji veika ir jos struktūra / Johannes Wessels. - Vilnius : Eugrimas, 2003. - 304 p. - (Teisės studijų šaltiniai)

Bibliogr. išnašose
ISBN 9955-501-43-X

J. Wessels knyga – tai vienas iš populiariausių Vokietijoje mokslo darbų apie baudžiamąją teisę. Knygoje gan glaustai ir kartu pakankamai išsamiai bei įvairiapusiškai nagrinėjami pagrindiniai su nusikalstama veika bei jos struktūra susiję klausimai (nusikalstamos veikos sudėties samprata, baudžiamąją atsakomybę šalinančios aplinkybės, bendrininkavimas, sutaptis, klaida ir pan.). Knygoje labai įdomiai sprendžiami atskiri su nusikalstamų veikų klasifikavimu susiję klausimai, pateikiama Vokietijos teismų praktika.

Manome, kad knyga bus įdomi ne tik studentams teisininkams, mokslo darbuotojams ir teisininkams praktikams, bet ir visiems, kurie domisi baudžiamąja teise.

UDK 343

Johannes Wessels knyga – tai vienas iš populiariausių Vokietijoje mokslo darbų apie baudžiamąją teise. Knygoje gan glaustai ir kartu pakankamai išsamiai bei įvairiapusiškai nagrinėjami pagrindiniai su nusikalstama veika bei jos struktūra susiję klausimai (nusikalstamos veikos sudėties samprata, baudžiamąją atsakomybę šalinančios aplinkybės, bendrininkavimas, sutaptis, klaida ir pan.). Knygoje labai įdomiai sprendžiami atskiri su nusikalstamų veikų klasifikavimu susiję klausimai, pateikiama Vokietijos teismų praktika.

Manome, kad knyga bus įdomi ne tik studentams teisininkams, mokslo darbuotojams ir teisininkams praktikams, bet ir visiems, kurie domisi baudžiamąja teise.



„Teisės studijų šaltiniai“ – Atviros Lietuvos fondo Teisės programos iniciatyva ir lėšomis leidžiama vadovėlių, mokymo priemonių, žodynų ir kitų veikalų serija. Serijos tikslas – atnaujinti Lietuvos teisės tradicijomis ir šiuolaikinėmis demokratinės teisinės valstybės vertybėmis grindžiamas teisės studijas bei teisinį švietimą.

ISBN 9955-501-43-X

